

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
Recours pour excès de Pouvoir
DANS SES
APPLICATIONS MILITAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences politiques et économiques)

Présentée et soutenue le 25 mai 1912, à 3 heures

PAR

Louis BÉNARD

Ancien élève de l'École Polytechnique

Président : M. JACQUELIN, *professeur*
Suffragants { MM. CHAVEGRIN, *professeur*
CARPENTIER, *agrégé*

PARIS
JOUVE & C^{IE}, ÉDITEURS
15, rue Racine, 15

1912

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
Recours pour excès de Pouvoir
DANS SES
APPLICATIONS MILITAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences politiques et économiques)

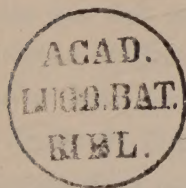
Présentée et soutenue le 25 mai 1912, à 3 heures

PAR

Louis BÉNARD

Ancien élève de l'École Polytechnique

Président : M. JACQUELIN, professeur
Suffragants { MM. CHAVEGRIN, professeur
CARPENTIER, agrégé



PARIS
JOUVE & C^{IE}, ÉDITEURS
15, rue Racine, 15

1912

LE Recours pour excès de Pouvoir

DANS SES

APPLICATIONS MILITAIRES

INTRODUCTION

Les règles qui régissent l'action de la puissance publique, l'étendue de sa compétence, les moyens de coercition dont elle dispose, les recours offerts à l'individu contre l'arbitraire de ses agents, sont, dans toutes ses manifestations, de même caractère et presque de même espèce. Il n'existe pas en France, quelle que soit sa situation momentanée, d'individu dépourvu de droits et de moyens d'action propres à assurer leur sauvegarde. La nécessité du respect des droits de l'individu s'affirme de plus en plus ; la détermination précise de ces droits est de plus en plus vivement réclamée : c'est ce que prouvent suffisamment la rédaction de statuts, de plus en plus minutieux et spécialisés, que l'État octroie aux diffé-

rentes catégories de ses agents, et assure, autant que cela lui est possible, aux agents de bien des services qui ne dépendent pas exclusivement de lui. Adam Smith disait, en matière d'impôts, que le plus grand degré d'inégalité lui semblait préférable au moindre degré d'arbitraire. C'est effectivement l'arbitraire qui, dans un pays libre, doit être banni le plus radicalement de l'action de l'autorité.

Une réglementation minutieuse des droits et des devoirs de chacun, loin d'entraîner chez ceux auxquels elle s'applique une diminution de situation, élève au contraire leur personnalité, et accroît, par le fait, leurs libertés, en définissant mieux les restrictions auxquelles elles sont soumises. Une telle réglementation existe au plus haut point dans l'armée. Les liens de subordination si étroits et si absolus qui existent aux différents échelons de la hiérarchie militaire sont précis et d'une application stricte. Dans l'armée, plus peut-être que dans toute branche de l'administration, l'autorité s'exerce dans des conditions prévues et fixées à l'avance, les sanctions sont d'une nature déterminée, applicables dans des cas déterminés, l'abondance et la précision des prescriptions des lois et règlements militaires assurent à chacun des droits nettement définis.

C'est ainsi qu'on rencontre dans la législation des textes fondamentaux créant aux militaires de véritables privilèges. La Charte de 1830 (art. 69) con-

sacre le principe de l'état d'officier, en énonçant les propositions suivantes :

« Il sera pourvu successivement par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent :

»... 6° Des dispositions qui assurent d'une manière légale l'état des officiers de tout grade de terre et de mer. »

La loi du 19 mai 1834 donne à l'officier la propriété du grade qui lui a été conféré régulièrement ; il ne peut perdre cette propriété que pour des motifs limitativement énumérés et suivant des règles légales.

La loi du 14 avril 1832 et l'ordonnance du 16 mars 1838 établissent la hiérarchie militaire et règlent les conditions d'avancement aux différents grades.

La loi du 23 juillet 1881 garantit un état des sous-officiers rengagés, en édictant que la cassation ou rétrogradation de cette catégorie de militaires ne pourront être prononcées que par le commandant de corps d'armée, sur l'avis conforme d'un conseil d'enquête dont la composition est prévue.

Enfin, les membres de la Légion d'honneur, civils ou militaires, sont titulaires de véritables droits, en ce sens que leur titre ne peut leur être enlevé qu'à la suite de décisions judiciaires ou disciplinaires et non plus par une décision discrétionnaire du chef de l'État.

Nous nous proposons d'examiner dans cette étude quel usage les militaires de tous grades, pour la défense de leurs droits dont certains viennent d'être cités, peuvent faire et ont fait du recours pour excès de pouvoir. Les dispositions spéciales qui règlent la fonction militaire, qu'elles soient législatives ou réglementaires, limitent-elles chez eux l'exercice de ce recours ? Le développement général du recours pour excès de pouvoir se retrouve-t-il dans ses applications militaires ? Quels y ont été, jusqu'à nos jours, les cas les plus intéressants de l'exercice de ce recours ? Telles sont les questions que ce travail se propose d'étudier.

CHAPITRE PREMIER

TOUS LES ACTES DE LA PUISSANCE PUBLIQUE SONT-ILS SUSCEPTIBLES DE RECOURS?

L'individu est-il armé contre l'État, quel que soit l'ordre des faits devant lesquels il se trouve, qu'ils soient législatifs, judiciaires ou administratifs ?

La loi est inattaquable. Elle constitue un commandement souverain. Dans l'État, aucun particulier, aucune autorité ne peuvent méconnaître la loi. Il ne serait certes pas impossible de concevoir un frein à la toute puissance de la loi. Aux États-Unis, chacun peut chercher à éviter l'application de la loi, en faisant valoir devant les tribunaux son inconstitutionnalité. Si l'inconstitutionnalité de la loi ne peut être déférée aux tribunaux par voie principale en dehors de toute action engagée, elle peut être invoquée, soit à l'appui d'une demande, soit comme moyen de défense contre un particulier ou l'administration. En France, la Constitution de l'an VIII avait conféré au Sénat le droit de statuer sur la constitutionnalité des lois

qui lui seraient déferées comme inconstitutionnelles par le gouvernement ou le Tribunal, et, après la suppression du Tribunal en 1807, le Sénat du 1^{er} Empire pouvait être saisi par les citoyens, les législateurs et les sénateurs. D'après la constitution de 1852, toute loi devait, avant d'être promulguée, être soumise au Sénat, qui devait déclarer ne pas s'opposer à sa promulgation pour cause d'inconstitutionnalité. L'exception d'inconstitutionnalité ne peut plus jouer aujourd'hui ; elle serait d'ailleurs, actuellement, d'une faible garantie pour les intérêts privés, puisque la Constitution de 1875 ne renferme aucune déclaration de droits. Le seul rempart qui existe contre les lois inconstitutionnelles consiste dans la faculté pour le président de la Chambre et les membres de l'Assemblée de chercher à empêcher leur discussion en posant la question préalable, mais cette garantie se trouve, par le fait, bien précaire, puisqu'elle dépend après tout de la volonté des Chambres.

D'autres dispositions que les lois échappent-elles à tout recours de la part des individus ? L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 énonce que le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois. C'est au moyen de règlements que le Président de la République s'acquitte de cette fonction. Mais de cette disposition constitutionnelle dérive immédiatement le principe de la subordination du

règlement à la loi. Les règlements doivent emprunter leur base aux prescriptions du législateur. Qu'ils soient édictés en application d'une disposition particulière d'une loi spéciale, ou en raison des attributions constitutionnelles du Président de la République, ils sont illégaux, non seulement s'ils contredisent une disposition légale, mais s'ils n'en sont pas la conséquence immédiate. Un règlement d'administration publique doit donc pouvoir, tout comme un autre, être taxé d'illégalité, s'il contient des dispositions législatives qui ne sont pas la conséquence d'une délégation expresse d'une loi et il peut être, dès lors, soumis aux recours dont l'individu peut disposer contre les actes administratifs.

C'est ce qui résulte d'un arrêt du Conseil d'État du 6 décembre 1907 (compagnies diverses de chemin de fer), qui a décidé que les actes du chef de l'État portant règlement d'administration publique n'échappent pas, et en raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative, au recours prévu par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, et que dès lors il appartient au Conseil d'État, statuant au contentieux, d'examiner si les dispositions édictées par le règlement rentrent dans la limite de ses pouvoirs (1).

1. C'est seulement la faculté d'exercer le recours direct que cet arrêt institue. On pouvait, bien avant lui, faire obstacle à une application contre soi des dispositions contenues dans un règlement en faisant valoir devant les tribunaux leur illégalité. Les

Parmi les règlements faits par le chef de l'État, on peut considérer comme d'un caractère particulier des séries de dispositions intéressant une catégorie déterminée de fonctionnaires et obligatoires seulement pour ceux-ci. De tels règlements peuvent être faits d'ailleurs par les ministres eux-mêmes (Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 301).

Ces règlements, à la différence des lois et des règlements d'administration publique, ne créent pas de droits en faveur de ceux auxquels ils s'appliquent; ils ont uniquement pour but de régler pour le mieux la marche d'un service dépendant de la puissance publique. Ainsi, le règlement sur le service intérieur dans les corps de troupe énonce en particulier les punitions qu'encourent les officiers pour certaines fautes; ces dispositions ne consacrent pas pour les officiers un droit acquis à ne pas être frappés, pour les mêmes fautes, de punitions plus graves, au cas où un nouveau règlement viendrait aggraver les sanctions de ces mêmes fautes. Mais si ces règlements ne confèrent pas de droits, il est cependant évident qu'ils ont créé à l'égard de ceux auxquels ils s'appliquent une situation que ceux-ci ont intérêt à ne pas voir modifier à leur détriment. Or, cet

tribunaux tiennent en effet de l'article 471-15° du Code pénal le droit d'apprécier la légalité des règlements faits par l'autorité administrative.

intérêt n'est pas chose négligeable, car il leur permettra d'attaquer les actes d'autorité ultérieurs pris en contradiction avec lui, et qui présenteraient certains vices ou certaines irrégularités. Ici apparaît déjà la distinction entre le droit et l'intérêt, que nous aurons l'occasion de retrouver plus d'une fois dans la suite.

Les actes que nous venons d'envisager sont des actes d'autorité. On les oppose en général aux actes contractuels dans lesquels l'État figure comme partie contractante. L'État se présente, dans ces contrats, comme une personne privée et se trouve soumis, dans la mesure où une loi ne dispose pas le contraire, au droit commun. Mais nombreux sont les cas où la loi le soustrait à la juridiction ordinaire, et il semble bien qu'il devrait être généralement admis que dans aucune circonstance, l'État ne peut se trouver démuní de tous les caractères de la puissance publique ; jamais à notre avis, l'assimilation faite entre l'État et un particulier ne saurait être rigoureusement parfaite.

Il existe des actes accomplis par les autorités administratives dans l'exercice de leurs fonctions devant lesquels l'individu ne peut que s'incliner d'une façon absolue. Aucun recours n'existe contre ces actes en raison de leur nature même. Si le Conseil d'État se trouvait saisi d'un recours contre ces actes, il déclai-

rerait qu'il ne lui appartient pas d'en connaître. L'article 26 de la loi du 24 mai 1872 énonce en effet que les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Quelles sont ces affaires ? A défaut de critérium doctrinal satisfaisant, les applications de cet article admises par le tribunal des conflits paraissent fournir pour le moins un critérium jurisprudentiel. Les arrêts d'espèce rendus par le tribunal des conflits permettent d'établir une liste de ces actes échappant à tout recours et qualifiés actes de gouvernement. Cette liste comprend principalement les actes relatifs au fonctionnement de la vie parlementaire (décrets de convocation, d'ajournement des Chambres, etc.), à certaines mesures de sûreté intérieure de l'État (décrets établissant l'état de siège), enfin les actes relatifs à la sûreté extérieure de l'État et, en particulier, aux conventions diplomatiques. La liste des actes de gouvernement ne saurait être, une fois pour toutes, limitativement close, car on ne saurait spécifier à l'avance quelles mesures la sûreté intérieure ou extérieure de l'État pourrait un jour imposer. Or, on ne saurait concevoir un État qui ne chercherait pas avant tout à assurer sa propre existence et qui ne préférerait pas, le cas échéant, le coup de force au suicide. C'est ce que M. Briand énonçait à la Chambre le 29 octobre 1910,

à propos de la grève des chemins de fer : « Si pour défendre l'existence de la nation, disait-il, le gouvernement n'avait pas trouvé dans la loi de quoi rester maître de ses frontières, s'il n'avait pu disposer à cet effet de ces chemins de fer, c'est-à-dire d'un instrument essentiel de la défense nationale, eh bien ! aurait-il dû recourir à l'illégalité, il y serait allé. » Il est en effet des circonstances où l'existence même d'une nation se trouve mise en péril, et son droit incontestable à la vie la place alors pour ainsi dire dans le cas de légitime défense. L'usage de la force ne saurait pas plus être interdit à la puissance publique mise en péril qu'à l'individu victime d'un agresseur.

Nous arrivons donc à cette conclusion que tout acte de la puissance publique, réserve faite de la loi et des actes de gouvernement sont susceptibles de recours. C'est à dessein que nous n'avons pas parlé de recours contre les décisions des tribunaux judiciaires : ceux-ci n'ont pour mission que de dire le droit ; leurs décisions ne sont ni des actes d'autorité, ni des actes de gestion, mais seulement des déclarations interprétatives de la loi. L'individu placé en face d'une décision judiciaire ayant acquis l'autorité de la chose jugée se trouve en définitive en face de la loi, puisque la décision qui l'intéresse, devenue définitive, n'est qu'une application à son égard de la règle de droit. Il semble donc qu'on puisse assimiler

à la loi les jugements des tribunaux ordinaires lorsqu'ils ont acquis l'autorité de la chose jugée. Ce n'est pas à dire que toute décision des tribunaux judiciaires soit inattaquable. L'ordre public doit être garanti contre les décisions dans lesquelles ces tribunaux sortiraient de leur fonction. Certaines lois ont ouvert des recours pour excès de pouvoir en matière judiciaire ; mais la Cour de cassation, devant qui sont portés ces recours, juge que l'excès de pouvoir doit se manifester par l'empiétement du pouvoir judiciaire sur l'administration ou sur le pouvoir législatif.

Laissant de côté les décisions des tribunaux judiciaires et les actes échappant par leur nature même à toute espèce de recours, nous nous proposons, maintenant, non pas d'examiner tous les recours se présentant à l'individu qui prétend attaquer un acte dans lequel l'État, soit par l'intermédiaire de ses agents, soit par l'intermédiaire de ses corps administratifs délibérants ou juridictionnels, a rendu une décision ou marqué une intervention, mais de rappeler les caractères particuliers de ceux de ces recours qui constituent le contentieux de l'annulation.

CHAPITRE II

DE QUELQUES GÉNÉRALITÉS SUR LE CONTENTIEUX DE L'ANNULATION

Le contentieux de l'annulation comprend les actions engagées à fin de faire annuler, et non réformer par le Conseil d'État, les actes administratifs et les décisions juridictionnelles rendues par un tribunal administratif statuant en dernier ressort. Il faut, pour obtenir cette annulation, qu'une partie qualifiée puisse faire apercevoir dans l'acte ou le jugement attaqué certains vices ou certaines irrégularités que nous aurons à déterminer dans la suite. Comme l'annulation des actes et celle des jugements diffère tant au point de vue de leurs effets entre les parties qu'au point de vue des conditions d'acceptation du recours, Laferrière a proposé d'appeler recours pour excès de pouvoir les recours formés contre les actes administratifs et recours en cassation les recours formés contre les décisions des tribunaux administratifs statuant en dernier ressort. Quels sont les

actes administratifs qui peuvent être annulés par le Conseil d'État ? Se poser cette question, c'est, par définition même, se demander quels sont les vices et les irrégularités de ces actes qui constituent ce qu'on appelle un excès de pouvoir.

La jurisprudence du Conseil d'État, qui statue sur ces actes, définit par le fait même les cas d'excès de pouvoir, mais l'étude même de cette jurisprudence, jointe à celle des textes législatifs, montre que l'excès de pouvoir est loin d'avoir été un concept juridique immuable dans sa nature et dans ses caractères.

CHAPITRE III

DE LA NOTION D'EXCÈS DE POUVOIR EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE

En matière administrative, à la suite d'une évolution jurisprudentielle plus encore que par l'action de la législation, la notion d'excès de pouvoir s'est déformée, aboutissant aujourd'hui à un concept beaucoup plus vaste qu'à ses origines. Si l'on se reporte aux premiers textes qui parlent d'excès de pouvoir, on voit qu'ils ne font usage de cette expression qu'à l'égard des juges et des tribunaux judiciaires. C'est ainsi qu'elle se trouve employée dans les constitutions du 3 septembre 1791 (art. 27), et du 5 fructidor an III (art. 262, 263). C'est ainsi que la loi du 27 ventôse an VIII, à l'article 80, énonce que le gouvernement, par la voie de son commissaire et sans préjudice du droit des parties intéressées, dénoncera au tribunal de cassation, section des requêtes, les actes par lesquels les juges auront excédé leurs pouvoirs. Combien restrictive était cette notion du légis-

lateur, c'est ce que mettent en évidence les commentaires que les anciens auteurs font des mots excès de pouvoir.

« Point d'excès de pouvoir, dit Henrion de Pansey, dans le jugement même le plus inique, le plus incompetent, en un mot le plus illégal, toutes les fois qu'il a statué sur une question qui, par sa nature, était judiciaire. Celui-là seulement commet un excès de pouvoir qui usurpe des fonctions étrangères à celle dont il est investi, et que la Constitution de l'État a placé dans les attributions d'un autre pouvoir. » — « Le juge, dit Merlin, peut se tromper sur un fait, sur le sens d'un acte, sur l'intention de la loi. Il peut, en matière criminelle, condamner un innocent ou absoudre un coupable, lui infliger une peine qui n'est pas celle dont la loi voulait qu'il le frappât. Il peut, en matière civile, adjuger à une partie ce qui appartient à une autre, ou refuser à celle-ci le droit de contraindre celle-là à lui payer ce qu'elle lui doit. Il peut arriver, en matière civile comme en matière criminelle, que le juge sacrifie ses devoirs à ses passions, qu'il ne soit dans ses jugements que l'organe de la faveur et de la haine. Dans tous ces cas, il y a eu ou mal jugé, ou violation de la loi, ou forfaiture, mais il n'y a pas d'excès de pouvoir. Que faut-il donc pour qu'il y ait excès de pouvoir ? Il faut que le juge ait franchi le cercle dans lequel la loi a renfermé le pouvoir qu'elle lui a confié. » — « Suivant la Cour de cassation, écrit

plus tard Aucoc, l'excès de pouvoir est une espèce particulière et très grave d'incompétence; toute incompétence n'est pas un excès de pouvoir. L'empiétement sur les attributions d'un tribunal civil d'arrondissement n'est pas un excès de pouvoir de la part d'un juge de paix ; c'est une simple incompétence. L'excès de pouvoir ne se manifeste que par l'empiétement sur les fonctions de l'administration ou sur le pouvoir législatif. »

Telle était à ses origines et telle s'est maintenue en matière judiciaire, la notion de l'excès de pouvoir. La violation de la loi ne constituait pas un excès de pouvoir ; elle ne lésait pas la société dans un de ses principes constitutionnels ; elle ne portait pas atteinte à l'organisation sociale. Libre était à l'individu, victime d'un jugement entaché de violation de la loi, de se pourvoir contre lui en cassation. Pour qu'un acte ou jugement contînt un excès de pouvoir, il devait être de nature à troubler l'ordre public, et c'était alors, aux termes de la loi, au gouvernement seul qu'il appartenait de l'attaquer comme tel.

Comment la notion d'excès de pouvoir s'est-elle développée en matière administrative ? Comment même a-t-elle pris naissance ? Comme c'est le Conseil d'État qui a qualité pour reconnaître ou refuser de voir un excès de pouvoir dans un acte ou dans un jugement administratifs, il semble logique, pour répondre à ces questions, d'étudier les textes qui ont

donné naissance au Conseil d'État et à ses attributions. Or nous lisons, à l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ; »

à l'article 2 de la loi du 5 nivôse an VIII :

« Le Conseil d'État développe le sens des lois sur le renvoi qui lui en est fait par les consuls, des questions qui leur auront été présentées.

» Il prononce, d'après un semblable renvoi :

» 1^o Sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux.

» 2^o Sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. »

Ces textes semblent bien donner au Conseil d'État des pouvoirs très étendus en matière contentieuse, mais ils ne définissent pas ces pouvoirs. Un arrêt du Conseil du 18 novembre 1818 (Egret-Thomassin) énonce : « C'est devant nous, en notre Conseil d'État, que doivent être déférés les actes administratifs attaqués pour incompétence et excès de pouvoir. » Mais qu'est-ce que l'excès de pouvoir ? Il semble bien que le Conseil d'État d'alors entendait cette expression dans le sens restrictif que lui donnait la Cour de cassation. Il avait, à la vérité, admis les recours fondés sur l'incompétence et la violation des formes

substantielles, mais, en butte aux attaques des gouvernants, il n'était guère porté à étendre le domaine du contentieux administratif ; il fit même alors quelques applications de l'article 49 du décret du 22 juillet 1806, qui frappait d'amende les avocats introducteurs de recours téméraires. Ainsi l'arrêt du 13 mars 1822 (de Courso) condamne un avocat à 10 francs d'amende pour avoir formé un recours au nom du colonel de Courso contre une décision du ministre de la Guerre refusant de le réintégrer dans son grade, « Considérant, dit cet arrêt, que les réclamations du sieur de Courso ont pour cause ou pour objet la concession de grades et emplois militaires et ne sont susceptibles sous aucun rapport d'être introduits par la voie contentieuse (1) ».

Sous la monarchie de juillet, le Conseil d'État accepte plus largement les recours formés devant lui, mais la notion contemporaine de l'excès de pouvoir n'existe pas encore. On parle de recours contentieux, de recours par la voie contentieuse ; le Conseil d'État annule actes et jugements, soit en faisant application de lois particulières qui lui attribuent compétence, soit seulement parce qu'ils lui paraissent d'une irrégularité suffisante pour qu'il se croie fondé à les annuler. Des lois parlent d'excès

1. Il y a lieu de remarquer qu'à cette époque, aucun état n'était législativement assuré aux officiers.

de pouvoir : ainsi la loi du 14 juillet 1837 ouvre le recours au Conseil d'État contre les décisions des jurys de révision de la garde nationale de la Seine pour incompétence, excès de pouvoir et violation de la loi. La loi du 13 juin 1851 ouvre ce recours dans les mêmes cas contre les décisions de tous les jurys de révision. Mais nulle part l'excès de pouvoir ne se trouve défini. La place même que ces textes donnent à l'expression excès de pouvoir, entre les termes incompétence et violation de la loi, semblerait cependant au moins prouver que dans l'esprit du législateur, l'excès de pouvoir n'est ni l'incompétence, ni la violation de la loi. L'expression excès de pouvoir semblerait donc avoir le sens qu'Henrion de Pansey et Merlin avaient amené la Cour de cassation à lui donner.

Le 2 novembre 1864 apparaît un décret impérial dont l'article premier énonce ce qui suit :

« Seront jugés sans autres frais que les droits de timbre et d'enregistrement :

» Les recours portés devant le Conseil d'État en vertu de la loi des 7, 14 octobre 1790 contre les actes des autorités administratives, pour incompétence ou excès de pouvoirs. les recours contre les décisions portant refus de liquidation ou contre les liquidations de pension.

» Le pourvoi peut être formé sans l'intervention d'un avocat au Conseil d'État, en se conformant,

d'ailleurs, aux prescriptions de l'article premier du décret du 22 juillet 1806. »

Ce texte fait appel à une loi des 7, 14 octobre 1790 qui, au sujet d'une contestation contre le département de la Haute-Saône et la municipalité de Gray, édictait entre des dispositions d'un caractère particulier, la disposition d'ordre général suivante : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne seront en aucun cas, du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale. » Le décret de 1864 est-il de nature à justifier par lui-même l'extension de la notion d'excès de pouvoir ? Cela ne paraît pas. Il juxtapose les termes incompétence et excès de pouvoir ; cela n'implique aucunement que l'incompétence constitue un cas d'excès de pouvoir ; l'excès de pouvoir *proprio sensu* restait, même après ce texte, un vice plus grave que l'incompétence.

En soumettant cependant à la même procédure les recours pour incompétence et les recours pour excès de pouvoir, le décret pouvait cependant paraître, dans une certaine mesure, assimiler l'une à l'autre ces deux notions. La jurisprudence du Conseil d'État fit plus encore. Cette procédure, il l'admit à l'égard des recours intentés devant lui par des parties intéressées contre des actes administratifs violant la loi et les droits acquis. Il l'admit même contre des actes qui sous le masque apparent d'une légalité

absolue, cachaient chez les agents de la puissance publique des intentions que la loi leur interdisait ; à l'excès de pouvoir de l'acte le Conseil d'État assimila l'excès de pouvoir de l'intention et du but poursuivi, c'est-à-dire le détournement de pouvoir.

C'est par le fait de l'élaboration définitive de cette jurisprudence et pour ainsi dire par définition qu'on appelle excès de pouvoir au sens actuel, au sens large les caractères que présentent à la fois l'excès de pouvoir au sens ancien, au sens étroit, la violation des formes substantielles, l'incompétence, la violation de la loi et des droits acquis, et le détournement de pouvoir. L'Empire libéral, bien loin de gêner cette jurisprudence extensive, avait intérêt à la voir se développer et la favorisa, car elle soustrayait l'individu à l'omnipotence et à l'arbitraire de l'administration, sur laquelle elle établissait le contrôle du souverain.

« Ouvrir un droit de recours direct au souverain, disait le commissaire du gouvernement Charles Robert, contre toute irrégularité commise dans l'étendue de l'Empire par une autorité administrative, organiser au sein même du gouvernement le contrôle sérieux et efficace des subordonnés par le chef suprême, c'est évidemment une grande pensée. On comprend que sous le régime parlementaire il n'ait paru ni opportun ni utile de donner au recours pour excès de pouvoir toute l'extension qu'il com-

porte, mais à présent, la loi de 1790, ou plutôt son principe développé et rajeuni, est appelée à prendre une place de plus en plus importante dans l'économie des institutions impériales. Notre constitution déclare l'Empereur responsable devant le pays ; quoi de plus naturel et de plus logique que de lui donner des moyens de redresser lui-même, avec l'aide de son Conseil, les actes qui lui sont signalés comme lésant des droits acquis. Aussi appelons-nous de tous nos vœux le jour où le Gouvernement impérial croirait possible d'ouvrir toute grande la porte du Conseil d'État, en rendant le recours pour excès de pouvoir gratuit comme le droit de pétition. »

Ces paroles du commissaire du gouvernement non seulement rappelaient le passé et s'appliquaient exactement au présent, mais elles prophétisaient en quelque sorte l'avenir puisque, lorsque le régime parlementaire sera rétabli, on verra décliner les succès du recours pour excès de pouvoir. Lorsque, par l'effet de la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État aura acquis un pouvoir de juridiction propre, il se montrera moins disposé à admettre ces recours aussi largement qu'autrefois. Devenu juge souverain en la matière, il cherchera lui-même à se tracer une ligne de conduite et à prévoir par des règles doctrinales précises, les décisions que le pouvoir personnel du souverain permettait sous l'Empire de laisser plus souples. Ce n'est que depuis 1900 que le Conseil

d'État, placé en face de lois nouvelles nombreuses et de rédaction souvent imparfaite, n'hésite plus à s'arroger les fonctions d'une sorte de pouvoir administratif supérieur (1). Par les arrêts qu'une large admission du recours pour excès de pouvoir lui permet à nouveau de rendre de nos jours, il constitue pour l'administration et les particuliers le guide que la loi seule se montre impuissante à assurer. C'est là, pourra-t-on dire, un pouvoir prétorien, mais c'est un pouvoir bienfaisant à tous égards, car il permet de parfaire par l'expérience et le savoir, l'esprit et l'application des dispositions émanant de la volonté nationale.

RÉSUMÉ

Nous avons, dans ce qui précède, cherché à dégager les vices constitutifs de l'excès de pouvoir, dans l'acception actuelle de cette expression, et à définir les actes auxquels il pouvait s'appliquer. Nous avons, autrement dit, cherché à définir les conditions de succès d'un recours déclaré recevable.

Une étude complète du recours pour excès de

1. La législation elle-même est entrée dans la voie du libéralisme en matière d'excès de pouvoir. Ainsi la loi de finances de 1906, en subordonnant, par son article 4, l'acquittement des droits de timbre et d'enregistrement au rejet du recours a renforcé les dispositions libérales du décret de 1864.

pouvoir comprendrait, dans la généralité des cas, celle des conditions de sa recevabilité. Nous nous bornerons ici à rappeler que tout recours formé pour excès de pouvoir se heurte à une fin de non-recevoir lorsqu'il y a défaut d'intérêt du réclamant, lorsque les délais sont expirés, lorsque la décision a été volontairement exécutée, lorsqu'il existe un recours concomittant dit recours parallèle. Nous n'entrerons dans le détail de ces questions qu'à propos des applications militaires du recours pour excès de pouvoir. Cette étude, combinée avec celle des conditions du succès d'un recours déclaré recevable nous permettra de déterminer de quelle action, dans ce cadre restreint, l'arme du recours pour excès de pouvoir s'est trouvée et se trouve aujourd'hui susceptible. Mais avant d'aborber cette étude, il convient d'examiner si la nature de la fonction militaire et les dispositions législatives qui la régissent affectent les militaires d'une situation juridique particulière, en les soumettant à des obligations ou en créant à leur profit des privilèges juridiques spéciaux.

CHAPITRE IV

DE LA CONDITION DES MILITAIRES

La Constitution du 3 septembre 1791 déclarait à l'article premier du titre IV que la force publique, et en particulier l'armée de terre et de mer, est instituée pour défendre l'État contre les ennemis du dehors et assurer au dedans le maintien de l'ordre et l'exécution des lois.

Ce texte énonçait par ailleurs les propositions suivantes :

Art. 12. — La force publique est essentiellement obéissante : nul corps armé ne peut délibérer.

Art. 13. — L'armée de terre et de mer, et la troupe destinée à la sûreté intérieure, sont soumises à des lois particulières, soit pour le maintien de la discipline, soit pour la forme des jugements et la nature des peines en matière de délits militaires.

Ces propositions sont encore vraies à l'heure actuelle. Le Code de justice militaire, les lois successives d'organisation, les dispositions réglementaires

concernant l'armée n'ont cherché qu'à mettre en harmonie la constitution de l'armée avec le but de son institution, à savoir la défense matérielle de l'État contre l'étranger et les perturbateurs de l'intérieur. C'est dire non seulement que la souveraineté nationale s'exerce sans restriction sur l'armée, mais que, n'ayant d'autre but que la conservation de la nation, l'armée n'existe que par elle et pour elle. Jamais il ne saurait être question d'un pouvoir militaire, au sens où les termes de pouvoirs législatif et exécutif, quelquefois de pouvoir judiciaire, ont été pris.

Cette situation subordonnée de l'armée est-elle de nature à créer chez ses agents une situation juridique inférieure en droit public? La loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés édicte que les militaires et assimilés de tous grades et toutes armes ne prennent part à aucun vote quand ils sont présents à leur corps, à leur poste ou dans l'exercice de leurs fonctions. En même temps qu'ils sont frappés de cette incapacité, sont-ils, en raison de leur état, privés d'une partie des garanties dont jouissent les citoyens, et, en sens inverse, échappent-ils à raison des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions, à quelques-unes des règles applicables aux autres fonctionnaires?

M. Duguit distingue d'une part la situation d'un chef militaire dans ses rapports avec les gouvernants,

à laquelle il assimile celle des militaires vis-à-vis de leurs chefs hiérarchiques, et d'autre part la situation des militaires dans leurs rapports avec les agents des gouvernants (1).

Envisageant les liens qui peuvent exister entre les chefs militaires et les agents des gouvernants, M. Duguit écrit que les agents n'ont jamais la disposition de la force armée, mais que certains d'entre eux ont le pouvoir de réquisition. Saisi d'une réquisition faite dans la forme légale, le chef militaire doit y déférer quel qu'en soit le but. Mais, seul maître des moyens auxquels il recourra, il ne peut prendre que des mesures légales et invoquerait vainement l'objet de la réquisition pour se soustraire à la responsabilité qui incombe à tous les fonctionnaires à raison d'actes accomplis à l'occasion de leur fonction.

Lorsqu'il étudie les rapports des gouvernants et des chefs militaires, M. Duguit écrit au contraire ce qui suit : « La force armée doit être, d'après son but, un instrument de contrainte aveugle et inconscient

1. M. Duguit nomme gouvernants les individus qui, de fait, jouissent du pouvoir de commander. Obligés, d'après M. Duguit, par leur conscience de n'employer ce pouvoir qu'en concordance avec ce que cet auteur nomme la règle de droit, résultante de la solidarité sociale, les gouvernants ne disposent que par voie générale, sans considération d'espèce ou de personne. Les agents, obligés par les dispositions générales édictées par les gouvernants, et dans les limites de celles-ci, agissent alors directement sur l'individu, se trouvant ainsi seuls à pouvoir créer pour l'individu des situations subjectives.

entre les mains des gouvernants. Il en résulte évidemment que la mise en mouvement de la force armée ne peut jamais engager la responsabilité des individus qui la composent. Ceux-ci ne peuvent pas être obligés d'apprécier si les actes à l'accomplissement desquels les gouvernants veulent les employer sont légaux ou non puisque l'idéal, c'est une force armée mécanique, sans intelligence, à la disposition des gouvernants... Prise en corps, la force armée est un élément privé de volonté et d'intelligence, une machine à contraindre, et si l'on parle de l'obéissance de la force armée aux gouvernants, ce n'est que par métaphore, comme ont dit que l'outil obéit à l'ouvrier, la machine au mécanicien. »

Il nous semble difficile d'admettre qu'une collectivité d'êtres humains puisse être employée passivement à toute besogne. M. Duguit dit, il est vrai, que le devoir pour les gouvernants de n'employer la force armée que dans un but conforme au droit et à la loi reste intact. Mais il nous semble que pour conserver le caractère propre que M. Duguit leur attribue, à savoir celui de ne commander que d'une façon générale et abstraite, les gouvernants ne devraient jamais faire usage de la force armée. Mise en action, l'armée exerce son action, mais elle ne peut l'exercer dans le domaine de la généralité et des abstractions : sa nature la force à agir soit sur des choses, soit sur des individus, et dès lors, en faisant directement

usage de la force armée, les gouvernants sortiraient de leur rôle et usurperaient celui des agents, qui seuls peuvent entrer en contact direct avec les individus. Plus encore, ils sortiraient de leur rôle dès le moment où ils entreprendraient de faire usage de l'armée, car force leur serait de s'adresser à un chef militaire déterminé, et dès lors, leur conduite cesserait d'être générale.

Cette obéissance passive que, d'après M. Duguit, l'armée devrait aux gouvernants, les militaires la devraient encore à leurs supérieurs hiérarchiques. « Le militaire de grade inférieur, écrit M. Duguit, est-il obligé d'obéir aux ordres donnés par le supérieur, alors même que la chose ordonnée est illégale ? Nous sommes portés à le croire. Cette solution est certainement indispensable pour assurer la cohésion de la force armée. Elle est une machine à contraindre; cette machine ne peut fournir de travail utile qu'à la condition que tous les rouages soient étroitement dépendants les uns des autres... La fonction militaire consiste, pour tout agent, non point à faire ce qu'il estime conforme au but de sa fonction, mais à faire ce que l'agent supérieur estime conforme à ce but. La hiérarchie militaire a cela de particulier que pour tout agent, la direction qu'il doit imprimer à la gestion de sa fonction est déterminée par l'agent supérieur. Ajoutons que le gouvernement n'aurait plus dans l'armée l'instrument passif dont il a besoin,

si les chefs ayant obéi aux ordres gouvernementaux, les subordonnés pouvaient, pour une cause quelconque, refuser d'obéir à leurs supérieurs. »

Là encore nous ne pouvons admettre la subordination strictement passive de l'inférieur au supérieur à raison de la fonction. S'il est sans difficulté d'admettre que les liens hiérarchiques soient plus étroits dans l'armée que dans les autres branches de l'administration, si les infractions aux instructions reçues y sont plus sévèrement sanctionnées, nous ne voyons pas que la sujétion hiérarchique y soit d'une nature particulière. Rien ne nous amène à penser que l'agent militaire, dans l'exécution de sa fonction et en particulier dans ses rapports avec ses chefs militaires, jouisse d'une situation juridique différente de celle d'un agent d'une administration hiérarchisée quelconque. Nous ne croyons pas que les ordres émanant d'un supérieur militaire hiérarchique puissent avoir une force obligatoire d'une autre nature que celle des autres agents d'autorité. Lorsque les officiers prennent possession d'un commandement, ils doivent, d'après le règlement sur le service intérieur, être reconnus devant leur troupe par un de leurs supérieurs qui, prononçant une formule consacrée, enjoint à ceux sur lesquels s'exercera leur autorité d'exécuter tous les ordres qu'ils donneront pour le bien du service, l'exécution des règlements militaires et l'observation des lois. C'est

donc que s'ils venaient à formuler des ordres n'ayant en vue ni le bien du service, ni l'exécution des règlements militaires, ni l'observation des lois, ils n'auraient pas à être obéis.

En définitive, aucune disposition générale ni particulière à l'armée ne nous paraît créer de situation particulière aux agents de cette institution, soit dans leurs rapports hiérarchiques, soit dans leurs rapports avec les individus ou les autorités publiques. Il semble qu'il y ait lieu de ne reconnaître à l'armée qu'un rôle défini par la loi et à ses agents, que des attributions et des règles de conduite fixées par la loi. Les conditions de légalité qui s'appliquent aux actes d'autorité de tous les fonctionnaires, les conditions et les règles de la responsabilité qu'ils engagent nous semblent s'appliquer intégralement lorsqu'il s'agit des agents de l'armée (1).

En particulier, il est logique de reconnaître aux militaires le droit de former des recours, et dans les cas appropriés, le recours pour excès de pouvoir contre les actes d'autorité qui peuvent les atteindre. Ce sont précisément ces applications militaires du recours pour excès de pouvoir que nous nous proposons maintenant d'examiner en détail et à l'occa-

1. Cette conclusion ne s'applique évidemment qu'à l'armée en temps de paix. Les faits de guerre ont toujours été considérés comme des actes de gouvernement et échappent comme tels au domaine de la légalité et à l'action des voies de droit.

sion desquelles nous nous proposons d'étudier, en insistant sur les particularités qu'elles pourraient présenter en cette matière spéciale :

Les conditions de recevabilité du recours ;

Les ouvertures à recours ;

La procédure ;

La nature et les effets de la décision.

CHAPITRE V

DE LA RECEVABILITÉ DU RECOURS

Il y a quatre fins de non-recevoir. Elles peuvent être tirées de la nature de l'acte, du défaut de qualité du réclamant, de l'inobservation des formes et délais, de l'existence d'un recours parallèle.

A. — FINS DE NON-RECEVOIR A RAISON DE LA NATURE DE L'ACTE

Nous avons déjà exposé que ni les dispositions législatives, ni les actes de gouvernement, ni les actes judiciaires ne pouvaient être déférés au Conseil d'État. L'existence dans l'armée de tribunaux spéciaux ne saurait soustraire les jugements militaires aux caractères généraux des jugements. Il semble n'exister, à la vérité, qu'une différence dans le taux de la peine entre les sanctions prises par un supérieur hiérarchique et les condamnations pro-

noncées par un conseil de guerre ; il semble même qu'on ne saurait guère tracer de ligne de démarcation juridique entre les fautes entraînant une simple répression disciplinaire et celles qui entraînent la comparution devant la juridiction militaire. Mais celle-ci ne saurait intervenir de fait sans affecter les mesures qu'elle prend et les décisions qu'elle rend du caractère judiciaire et sans les placer *ipso facto*, par conséquent, à l'abri de la connaissance du Conseil d'État (1).

D'autres actes échappent-ils à tout recours devant le Conseil d'État ? On a souvent cité les actes dits de pure administration. Sous cette rubrique, Laferrière désigne des actes que l'administration accomplit dans sa libre appréciation, afin de pourvoir à des intérêts généraux ou particuliers, et non pour satisfaire à des droits ou à la loi. Tels seraient dans notre matière les règlements militaires, les actes d'autorité hiérarchique, les mesures disciplinaires, les nominations et révocations d'individus dont l'état et les droits à l'avancement ne sont déterminés par aucune loi. Les règlements dont nous parlons ici sont

1. Conseil d'État, 7 mai 1909, affaire Duffourd : Sur les conclusions du sieur Duffourd tendant à l'annulation de la décision du conseil de guerre qui l'a condamné à six mois de prison et à l'allocation d'une indemnité à raison du préjudice qui lui aurait été causé de ce chef ; Considérant que le sieur Duffourd n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État la régularité d'une décision d'un conseil de guerre (Rejet).

les règlements édictés par le chef de l'État et qui ont pour objet le fonctionnement du grand service public que constitue l'armée ; ils fixent les attributions, le rôle et les devoirs de chacun des agents de l'armée, les limites et les conditions d'exercice de leur autorité, la conduite qu'ils ont à tenir dans diverses éventualités qui peuvent se présenter. Les dispositions qu'ils renferment se présentent dans une forme obligatoire. Mais quelle est la valeur juridique de ces règlements ? Évidemment, ce ne sont pas des lois. Le Président de la République ne peut légiférer. Aussi bien n'est-ce pas légiférer que d'édicter par voie générale l'organisation d'un service public : le pouvoir législatif ne saurait régler lui-même tous les détails d'un service public ; l'élaboration des règlements techniques ne peut être confiée qu'au pouvoir exécutif, qui prend ces dispositions réglementaires après consultation de fonctionnaires rompus à la pratique du service et au courant de ses nécessités, N'étant pas des lois, ces règlements ne participent pas du caractère de la loi qui est d'échapper à tout espèce de recours. Leur nature ne s'oppose pas à ce qu'ils puissent être déferés au Conseil d'État pour excès de pouvoir.

Peut-on attribuer le caractère de dispositions législatives à des actes qui ne sont pas des lois proprement dites ? Il s'est trouvé, à certaines époques, des autorités émanant directement du pouvoir législatif,

et investi par lui de la souveraineté de décision en certaines matières. Ainsi, le 8 août 1871, l'Assemblée nationale instituait une commission de 15 membres, dite de révision des grades, et chargée de statuer souverainement sur les situations d'officiers que le ministre de la Guerre, après examen des services qu'ils avaient rendus et des grades qui leur avaient été conférés, lui désignait comme sujettes à révision. Le général Trochu, rapporteur de la loi, insistait sur cette attribution de souveraineté : nous avons considéré, disait-il, que cette commission sera souveraine, puisqu'elle doit émaner de vous, et qu'elle statuera souverainement en votre nom ; que, par conséquent vous n'aviez pas à définir à l'avance et à consacrer des droits qui s'imposeraient à elle, selon leur convenance, pendant le cours de ses travaux.

La question de l'irrévocabilité des décisions de cette commission s'est posée lorsque certaines d'entre elles ont été attaquées devant le Conseil d'État par les intéressés. A propos de l'affaire général de Carrey de Bellemare, le commissaire du gouvernement Perret concluait à la recevabilité du pourvoi. Ce magistrat estimait que si tous les actes émanés de l'assemblée échappaient nécessairement à tout recours pour excès de pouvoir comme ayant le caractère législatif, ce caractère ne pouvait être étendu à tous les actes des pouvoirs émanés de l'assemblée, car il aurait été attribué dès lors aux

actes du Président de la République. Si, d'autre part l'article 3 de la loi du 8 août 1871 énonçait que la commission statuait souverainement, cela voulait dire, d'après le commissaire du gouvernement, qu'il n'existait pas au-dessus d'elle de juge du deuxième degré ; il en était de même des conseils de révision, du conseil supérieur de l'instruction publique ; il en avait été de même des commissions spéciales pour la liquidation des dépenses résultant des invasions de 1814 et 1815. Le Conseil d'État n'a pas admis cette façon de voir. Il a jugé constamment que les décisions de la commission de révision des grades n'étaient pas, par leur nature, susceptibles d'être attaquées devant le Conseil d'État. L'arrétiste du Dalloz approuve cette thèse par la note suivante sous l'arrêt de Carrey de Bellemare. « De son institution il paraît résulter que la commission de révision des grades, autorité politique et exerçant, en vertu d'une délégation, les pouvoirs de l'Assemblée nationale, échappe, à ce double point de vue, à la juridiction du Conseil d'État. Il ne suit pas de là qu'au cas où la commission, outrepassant les limites de son mandat, aurait voulu statuer sur des matières étrangères à ses attributions, par exemple réviser une situation acquise avant la guerre, il n'y aurait eu aucun remède, mais c'est dans l'ordre politique que ce remède se trouverait. Si le droit d'un particulier avait été lésé, il pouvait s'adresser à l'assemblée

par la voie de pétition ; si le ministre compétent avait cru que la loi était violée, il aurait pu, sous sa responsabilité, se refuser à exécuter la décision de la commission, et, dans ce cas encore, l'assemblée aurait eu à se prononcer définitivement sur le conflit ».

Cette doctrine a été confirmée explicitement dans les considérants d'un arrêt relatif à une affaire analogue et postérieure : Valentin, 2 juillet 1880 :

« Considérant qu'aux termes des lois organiques du Conseil d'État et notamment de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État statuant au contentieux ne peut connaître que des recours formés contre les actes des diverses autorités administratives.

Considérant que ni les assemblées parlementaires, ni les commissions formées dans leur sein ne sont des autorités administratives dans le sens de l'article 9 précité ; qu'ainsi les actes desdites commissions ne relèvent que des assemblées dont elles émanent et ne peuvent être déférées au Conseil d'État par la voie contentieuse. »

On peut, d'une façon générale, déférer au Conseil d'État des décisions que le ministre peut prendre, lorsque des décrets du chef de l'État ne l'ont pas précédé en la matière, pour régler la marche du service à la tête duquel il se trouve placé. Cependant le Conseil d'État, par l'arrêt Sevigny, du 13 novembre 1885,

a rejeté comme dirigé contre un acte n'étant pas de nature à être attaqué par la voie contentieuse un recours formé contre une décision ministérielle portant description d'un uniforme. Mais il semble bien qu'en réalité le recours a été rejeté moins en raison de la nature de l'acte que parce que cet acte ne violait aucune disposition légale ; l'attribution d'uniformes différents à des catégories de militaires dont une loi proclamait l'assimilation ne pouvait être considérée comme attentatoire à cette loi. Le fait seul qu'un acte du ministre a pour but l'organisation du service ne saurait le mettre à l'abri de tout recours. Mais la question reste entière de savoir qui a qualité pour l'attaquer et quels vices amèneront son annulation.

Si les actes du chef de l'État et du ministre n'échappent pas au recours pour excès de pouvoir, ce recours est-il donc susceptible d'une application générale à tous les actes d'autorité ? S'il pouvait en être ainsi, les occasions d'intervention du Conseil d'État seraient si nombreuses que ce tribunal ne saurait matériellement y suffire. Un acte ne peut être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir, suivant M. Hauriou, que s'il constitue une décision exécutoire, et par décisions exécutoires, cet auteur entend les décisions produisant un effet juridique. Or pour produire un effet de droit, la décision ne peut émaner que de l'autorité qui a l'exercice des droits de l'État, c'est-à-dire, dans notre matière, du

chef de l'État ou du ministre de la Guerre, ou d'une autorité expressément et légalement déléguée (1). Un ordre quelconque donné, une mesure quelconque prise par une autorité militaire n'agissant pas en délégation expresse du ministre n'est pas une décision exécutoire, mais une mesure d'exécution. La décision exécutoire est la disposition réglementaire en vertu de laquelle l'ordre a été formulé ou la mesure prescrite. Pour que la mesure d'exécution devint décision exécutoire, il faudrait qu'elle fût elle-même expressément endossée par l'autorité dont une telle décision peut émaner, à savoir par le ministre. L'intéressé obtiendra cet effet en exerçant

1. La délégation est expresse et légale lorsqu'elle est prononcée par une loi ou par un décret. Mais le ministre lui-même ne saurait, suivant les termes de Laferrière (*op. cit.*, II, p. 503), déléguer le droit de prendre des décisions définitives à des agents soumis à son autorité hiérarchique et qui ne peuvent statuer que sous réserve du droit de réformation ou d'annulation qui lui appartient. Ainsi une décision d'un général commandant de corps d'armée cassant de son grade un sous-officier rengagé en conformité de l'avis d'un conseil d'enquête peut être déférée au Conseil d'État parce que le général commandant de corps d'armée tient directement le pouvoir en vertu duquel il a agi du décret portant règlement sur le service intérieur dans les corps de troupe. Au contraire une décision qui aurait dû être signée du ministre lui-même ne peut être considérée comme décision exécutoire si elle n'est revêtue que de la signature d'un directeur ou d'un chef de cabinet. Ainsi une décision signée du directeur de la cavalerie et rendant un officier à la vie civile n'a été considérée par le Conseil d'État comme une décision exécutoire que parce que le ministre, avait, dans ses observations sur le pourvoi, maintenu expressément la décision attaquée et défendu au fond à l'instance introduite.

le recours gracieux ou hiérarchique, par lequel il sera mis en possession d'une décision du ministre qu'il pourra alors déférer au Conseil d'État. C'est en vain que le ministre garderait le silence devant la requête. Le décret du 2 novembre 1864 édicte en effet les prescriptions suivantes :

« Art. 7. — Lorsque les ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorité qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois, à dater de la réception de la réclamation au ministère.

« Si des pièces sont produites ultérieurement par le réclamant, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces.

« Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État. »

Cette disposition devait être entendue strictement. Elle ne s'appliquait qu'au ministre saisi en qualité de supérieur hiérarchique d'un recours contre un acte d'une autorité inférieure. Elle ne s'appliquait ni aux autorités autres que le ministre, ni au ministre appelé à prendre une décision propre. Mais la loi du 17 juillet 1900 a, par son article 3, comblé ces lacunes, de telle sorte que le silence opposé tant par les autorités subordonnées au ministre et jouissant d'un pouvoir propre, que par le ministre lui-même

quelle que soit la façon dont il a à statuer, peut être, au bout de quatre mois, assimilé à une décision de rejet et constituer de ce fait, la décision exécutoire (1) susceptible d'être déférée au Conseil d'État pour excès de pouvoir.

Tout ce qui vient d'être dit ne s'applique qu'à la recevabilité du recours. La question de son examen au fond reste absolument entière. Dans certains cas même, les conditions d'annulation au fond sont de telle nature qu'elles peuvent faire paraître le recours irrecevable dans la forme. Ainsi en est-il en matière de punitions disciplinaires. Le Conseil d'État se refuse à apprécier l'existence ou la gravité des motifs qui ont entraîné une punition. Il s'ensuit que, *a priori*, un recours contre une punition légale en la

1. Il y a lieu de remarquer que la définition donnée de la décision exécutoire empêche de considérer comme telle et partant de soumettre à la voie du recours pour excès de pouvoir :

Les mesures d'instruction prises pour préparer une décision ;
Les simples prétentions émises ;

Les instructions données à des autorités subordonnées par des autorités ayant qualité pour prendre des décisions exécutoires : elles ne pourront être attaquées qu'après que les prescriptions qu'elles édictent auront été exécutées à l'égard d'une personne déterminée : ce n'est qu'alors que cette personne pourra se dire atteinte juridiquement, touchée par une décision exécutoire et habile à exercer le recours pour excès de pouvoir. Argument de l'affaire dame Léon Maître (Conseil d'État, 9 mars 1906) dans laquelle le Conseil reconnaît recevable un recours formé par le titulaire d'un marché de fournitures contre une instruction ministérielle adressée à tous les directeurs de l'Intendance, alors que, par une décision ultérieure, le ministre a fait application au fournisseur dont il s'agit de l'instruction précitée.

forme ne pourra jamais être admis. C'est ce qui résulte de l'arrêt Gros (Conseil d'État, 13 décembre 1889) : « Sur les conclusions du sieur Gros tendant à l'annulation pour excès de pouvoir, d'une décision lui infligeant huit jours de prison pour retard non justifié. Considérant que cette décision ne saurait faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État statuant au contentieux... (Rejet). »

Lorsqu'au contraire une punition se présente sous une forme illégale, le Conseil d'État annule la décision qui l'a prononcée (Conseil d'État, 29 mars 1901, affaire Sauve : « Considérant que l'article 22 du décret du 27 août 1898 portant règlement sur l'administration centrale du ministère de la Marine énumère d'une façon limitative les mesures et les peines disciplinaires qui peuvent être appliquées aux fonctionnaires et employés de cette administration, et que la réprimande avec inscription au carnet de notes qui constitue, ainsi que le reconnaît le ministre lui-même, une mesure disciplinaire plus grave que la réprimande prévue audit décret, ne figure pas dans cette énumération ; qu'il suit de là qu'en infligeant au sieur Sauve une réprimande avec inscription au carnet de notes, de ce fonctionnaire le ministre de la Marine a excédé ses pouvoirs... (Décision annulée. »)

Ce qu'il y a à retenir de ces arrêts au point de vue de la question de la recevabilité du recours pour

excès de pouvoir, c'est qu'un recours formé contre une punition disciplinaire devenue définitive par l'approbation de l'autorité capable de rendre des décisions exécutoires n'est pas irrecevable à raison de la nature de l'acte attaqué. L'arrêt rendu en pareille matière par le Conseil d'État touche au fond du droit. En l'espèce, le Conseil d'État admet au fond les recours formés contre les mesures disciplinaires si ces mesures contiennent une violation de la loi ou des règlements. Il se refuse, par ailleurs, à apprécier les motifs d'une punition régulière en la forme, de même qu'il se refuse à discuter l'appréciation d'un conseil d'enquête sur le point de savoir si des faits ont ou n'ont pas le caractère de faute contre l'honneur (Conseil d'État, Parly, 30 mars 1906), de même encore qu'il se refuse à apprécier les motifs d'une révocation ou d'une admission à la retraite (Conseil d'État, Grimaux, 29 mars 1901).

B. — RECEVABILITÉ A RAISON DE LA QUALITÉ
DE LA PARTIE

Le recours pour excès de pouvoir, comme toute autre action, doit pour être recevable, être formé par une partie ayant qualité à cet effet. Mais l'institution du recours pour excès de pouvoir a pour but non pas seulement de constituer pour l'individu une

garantie de ses droits, mais de l'assurer de ce que, vis-à-vis de lui, l'administration n'agira que d'une manière légale, dans des limites fixées à l'avance et suivant des formes déterminées. Or, l'action de l'administration pourrait échapper à ces règles sans cependant violer des droits acquis par l'individu. Pour contraindre l'administration au respect des règles que la loi lui impose de suivre et à l'observation des limites législativement assignées à ses pouvoirs, la jurisprudence du Conseil d'État a considéré comme recevable à former un recours pour excès de pouvoir celui qui invoquait non plus la violation d'un droit, mais la simple lésion d'un intérêt. Mais il est essentiel que cet intérêt soit direct, c'est-à-dire immédiatement mis en cause par la décision attaquée, et personnel au réclamant. « Il ne saurait se confondre, écrit Laferrière (*op. cit.*, II, p. 437) avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'administration se renferme dans les bornes de la légalité ; un tel intérêt peut suffire pour inspirer une pétition aux pouvoirs publics, mais non pour justifier une action devant une juridiction contentieuse ; cette action ne peut se fonder que sur les intérêts propres du réclamant, car les intérêts généraux ont des représentants investis d'un caractère public, auxquels de simples particuliers n'ont pas le droit de se substituer. »

Il s'est formé, au sujet de cette notion d'intérêt

direct et personnel, une évolution libérale de la jurisprudence du Conseil d'État. Laferrière expose que non seulement le Conseil d'État opposait, jusqu'à l'origine de ce siècle, une fin de non recevoir aux recours fondés sur l'intérêt tiré des qualités générales d'habitant, d'électeur ou de contribuable, mais qu'il refusait même d'étudier au fond des pourvois formés des agents d'un service public.

Contre des actes administratifs intéressant la généralité du personnel de ce service. Il exigeait, pour admettre la recevabilité du recours, la lésion d'intérêts particuliers. Cela ne voulait pas dire, à la vérité, que l'acte dût viser nominativement la partie requérante, mais il devait, tout en étant par ailleurs également applicable à d'autres, lui causer un préjudice personnel.

Des dispositions législatives semblaient presque justifier cette jurisprudence, ou, tout au moins, s'harmoniser avec elle. Ainsi, la loi du 18 mars 1889, relative aux emplois civils réservés aux sous-officiers rengagés, dispose, dans son article 24, qu'« une commission, nommée par décret du Président de la République, est chargée de dresser, pour les vacances réservées au fur et à mesure qu'elles se produisent, une liste de candidats. Les emplois doivent être attribués aux sous-officiers dans l'ordre de classement adopté par la Commission, toutes les fois que la vacance qui se produit doit être attribuée aux

sous-officiers... Les sous-officiers désignés pour être nommés à des emplois vacants et inscrits en ordre utile sur la liste de classement peuvent porter devant le Conseil d'État, statuant au contentieux, leur réclamation contre les décisions des autorités compétentes qui auront nommé des titulaires à des emplois sans tenir compte de leur ordre de classement ou de la proportion exclusivement attribuée à ces sous-officiers par la présente loi. Ces pourvois sont dispensés de l'intervention d'un avocat au Conseil d'État ».

Cette loi assure d'une façon absolue, au sous-officier rengagé que son numéro de classement appelle à occuper un emploi, d'être déclaré recevable à attaquer la nomination à cet emploi d'un autre individu. L'intérêt qui s'attache pour lui à cette action est, en effet, personnel et direct, puisque c'est lui-même qui, par le fait d'une nomination irrégulière, se trouve frustré d'une situation qu'il pouvait légitimement escompter. Mais le droit d'attaquer cette nomination s'étendrait-il aux autres sous-officiers classés, mais non appelés par leur classement à une nomination immédiate ? La reconnaissance de ce droit pourrait paraître dépasser le texte de la loi, car celle-ci ne mentionne que les sous-officiers inscrits en ordre utile sur la liste de classement. Elle paraîtrait aussi devoir être refusée par argument *a contrario* tiré d'un des considérants de l'arrêt Laffaret

(Conseil d'État, 24 mai 1901) : « Considérant que le tour de nomination appartenait aux sous-officiers ; que, dans ces circonstances, le sieur Laffaret, sous-officier rengagé, classé le premier sur les listes publiées par le *Journal officiel* en 1896, 1897 et 1898 pour être nommé employé dans l'un des divers services de l'Institut, est fondé à demander l'annulation de la demande dont il s'agit comme entachée d'excès de pouvoir... Annule ». Il semble bien qu'en mentionnant expressément dans cet arrêt le fait que ce sous-officier se trouvait le premier sur la liste de classement, le Conseil d'État déclare implicitement qu'un sous-officier non classé le premier n'eût pas été recevable à attaquer la nomination d'un candidat civil.

Une telle appréciation nous paraît procéder d'une conception étroite de l'intérêt direct et personnel, car il semble que tous les sous-officiers classés, et non pas ceux-là seulement qui se trouvent classés en ordre utile pour obtenir l'emploi, ont intérêt à attaquer la nomination faite en violation de la réserve légale.

Le Conseil d'État a, depuis le début de ce siècle, abandonné sa jurisprudence antérieure, et a reconnu un intérêt suffisant à justifier le recours pour excès de pouvoir dans une série d'espèces à raison desquelles le requérant se voyait autrefois opposer une fin de non-recevoir (arrêts Casanova, 29 mars

1901 ; Chabot, 7 août 1903 ; Lot et Molinier, 15 décembre 1903 ; Savary, 18 mars 1904).

D'une façon générale, le Conseil d'État reconnaît qualité pour attaquer une nomination irrégulière à tous les agents composant la catégorie dans laquelle, aux termes du règlement, le choix aurait dû être exercé. Ce règlement organisant le recrutement de la fonction peut ne pas être une loi ou un décret ; ce peut être un arrêté ministériel (Warnier, 7 juillet 1905).

Depuis 1908, le Conseil d'État a étendu aux associations de fonctionnaires, constituées conformément à la loi de 1901 le droit d'attaquer les nominations illégales à la fonction :

11 décembre 1908 (affaire de l'Association professionnelle des employés civils du ministère des Colonies).

11 juin 1909 (affaire de l'Association des médecins de l'Assistance publique pour les aliénés).

10 décembre 1909 (affaire de l'Association des fonctionnaires civils du ministère de la Marine) (1).

1. Il semble bien que si la loi reconnaît à une association de fonctionnaires la capacité juridique, le moindre usage que cette association puisse faire de sa capacité soit de déférer au Conseil d'État les illégalités intéressant la fonction. Ceux qui regrettent une telle intervention des associations de fonctionnaires peuvent, à la vérité, déplorer leur existence mais non critiquer le Conseil d'État lorsqu'il déclare une association existante recevable à agir.

M. Cretin dans son traité du *Contentieux administratif et de la jurisprudence du Conseil d'État, spécialement en matières militaires*, déplore ces arrêts, mais juge qu'ils n'offrent pour l'armée qu'un intérêt relatif, « non que la loi du 1^{er} juillet 1901 fasse obstacle à l'association des militaires; elle est générale et n'établit de restriction pour aucune catégorie de citoyens; mais en admettant que de tels groupements soient compatibles avec les règles de la discipline, il est tout au moins une de ces règles qui, à toute époque, a été considérée comme essentielle et qui s'opposerait à une action contentieuse ayant pour objet un intérêt professionnel collectif; c'est la règle d'après laquelle les réclamations individuelles sont les seules autorisées (art. 213 du règlement sur le service intérieur, 25 mai 1910). »

Nous ne croyons pas que ces raisons soient valables. Dès que le militaire s'adresse au Conseil d'État, il n'est plus soumis à des dispositions qui ne règlent son attitude que vis-à-vis de ses supérieurs hiérarchiques et dans l'exercice de la fonction. La règle de l'article 213 du règlement sur le service intérieur s'applique si peu aux recours formés par des militaires au Conseil d'État, qu'un grand nombre de requêtes sont signées à la fois par plusieurs officiers et que ceux-ci figurent tous au même titre dans l'action. Lorsqu'une mesure atteint une catégorie d'officiers, nous ne voyons pas quel mal la discipline

pourrait souffrir du fait qu'au lieu d'être formé par un certain nombre d'officiers de cette catégorie, le recours fût formé par une association défendant d'une façon permanente ou occasionnelle les intérêts de cette catégorie. D'ailleurs, la discipline ne saurait déterminer d'effet juridique que si une loi fait valoir ses intérêts ; elle ne peut rien juridiquement tant qu'elle reste à l'état de concept abstrait ; des dispositions législatives obligent, mais non des notions abstraites, pas plus la discipline que la morale ou la vertu.

D'ailleurs, on ne conçoit guère le Conseil d'État ruinant la discipline dans l'armée. « Sans doute, disait M. Levavasseur de Précourt (conclusions dans l'arrêt Casse, 20 avril 1888), il peut paraître délicat de prononcer sur une réclamation de tout un corps d'officiers, mais les grades et les privilèges militaires sont sous la sauvegarde du Conseil d'État ; seul il est placé assez haut pour statuer, sans porter atteinte à la discipline militaire, sur des requêtes de cette nature, qui n'auraient pas de juge, s'il n'existait pas une juridiction administrative. » Des associations, même de militaires, seraient sans danger si elles bornaient leur activité à recourir, le cas échéant, au Conseil d'État. Il en serait autrement si elles entreprenaient de solliciter des personnages politiques et si surtout elles exerçaient leur action dans le domaine

parlementaire. Mais les dispositions législatives existantes suffiraient à les réprimer.

La jurisprudence du Conseil d'État étend son libéralisme à tous les recours, quelles que soient les questions qu'ils soulèvent. En matière de concours, le Conseil d'État n'exige plus, comme dans l'arrêt Lefèvre (11 novembre 1887), un droit lésé chez le requérant pour le recevoir à attaquer des irrégularités. Il reconnaît à tous ceux qui ont pris part à toutes les épreuves du concours un intérêt suffisant à faire reconnaître la recevabilité de leur recours ; comme écrit M. Jèze, tous ces concurrents ont un intérêt direct et personnel à faire annuler les opérations du concours et les nominations qui ont suivi, car tous pouvaient légalement compter être classés en ordre utile, si les opérations du concours avaient été régulières (Brault, 16 novembre 1894).

Le Conseil d'État admet à attaquer la décision par laquelle ils se voient exclus du concours tous ceux qui remplissaient les conditions légales pour être admis à concourir. « Considérant, dit l'arrêt Berrest (20 mai 1904), que par la décision attaquée, la commission instituée conformément à l'article 24 de la loi du 18 mars 1889 a dénié au requérant tout droit à être compris dans la liste de classement des candidats aux emplois civils, pour le motif qu'il n'avait pas contracté de rengagement, qui si la loi n'a pas ouvert de recours contre le classement opéré par la

commission (1), le requérant est fondé à soutenir qu'en refusant, par une fausse interprétation de la loi, de l'admettre au classement, elle aurait porté atteinte au droit qu'elle tient de la loi elle-même et aurait ainsi commis un excès de pouvoir ; qu'il suit de là que la requête est recevable... » Le même cas se trouve envisagé dans l'arrêt Demange (10 mars 1905), et le considérant aboutissant à la renaissance de la recevabilité de la requête est rédigé dans des termes identiques.

Enfin, en matière d'avancement, nous voyons le Conseil d'État donner le sens le plus large à la notion d'intérêt personnel et direct en admettant la recevabilité d'un recours formé par un officier inscrit au tableau d'avancement contre une décision portant inscription dans un rang même postérieur au sien d'un autre officier du même grade (arrêt de la Taste contre Darey, 15 décembre 1905). Dans ses observations, le ministre de la Marine tendait à faire déclarer la requête irrecevable, par les motifs que le

1. On doit entendre par cette proposition qu'il n'existe aucun recours contre le classement opéré par la commission d'après son appréciation de la valeur des épreuves des concurrents (Conseil d'État, 7 août 1896, affaire Say) : « Considérant que la commission instituée par l'article 24 de la loi du 18 mars 1889 est chargée de dresser, pour les vacances des emplois réservés aux sous-officiers, au fur et à mesure qu'elles se produisent, une liste de candidats et qu'aucun recours n'est ouvert contre le classement ainsi opéré par cette commission... rejette la requête du sieur Say comme non recevable ».

sieur de la Taste, lieutenant de vaisseau, était sans intérêt pour demander l'annulation de la décision ministérielle, l'inscription au tableau d'avancement n'étant qu'une mesure préparatoire, non susceptible de recours contentieux, le requérant occupant, dans le tableau d'avancement, un rang antérieur à celui du lieutenant de vaisseau Darcy, ce dernier ne remplissant pas, d'ailleurs, les conditions requises par la loi pour être nommé capitaine de frégate. Le Conseil d'État n'a pas admis le point de vue du ministre de la Marine et a déclaré le pourvoi recevable. Il semble cependant évident qu'en annonçant une nomination future et même aléatoire, l'inscription au tableau d'avancement ne lèse aucun intérêt direct. Mais comme l'officier ne peut perdre son grade qu'à raison de certaines fautes limitativement énumérées par la loi, une nomination même illégale à un grade d'officier est de fait irrévocable ; le Conseil d'État a jugé que, dès lors, le seul moyen pour celui qu'elle aurait lésé, d'échapper aux conséquences de cette nomination, était d'attaquer la décision annulable qui la préparait, c'est-à-dire l'inscription au tableau d'avancement : si le requérant avait attendu pour agir l'existence d'un intérêt direct et personnel au sens strict de cette expression, il se serait trouvé *ipso facto* dans l'impossibilité de le faire valoir. Telle est la thèse admise par le Conseil d'État : « Sur la recevabilité du pourvoi : Considérant que l'article 8 du

décret du 14 août 1900 dispose que nul ne peut être avancé au choix s'il n'est porté sur le tableau d'avancement de son corps par la commission de classement ou par le ministre dans les formes spécifiées par les articles 9 et suivants, que par suite l'inscription au tableau d'avancement constitue la condition essentielle de toute promotion au choix, que d'autre part un officier promu à un grade supérieur, même irrégulièrement, ne peut être frappé de rétrogradation que dans les cas prévus par la loi ; qu'il suit de là que le requérant a intérêt à déférer au Conseil d'État l'inscription au tableau d'avancement du lieutenant de vaisseau Darcy qu'il soutient avoir été faite en violation des dispositions du décret du 14 août 1900. »

Un cas analogue apparaît dans l'affaire Thibaut (1^{er} juin 1906), dans laquelle un adjudant commis-greffier du service de la justice militaire attaquait une décision ministérielle disposant que les sous-officiers de la justice militaire seraient inscrits au tableau d'après leur ancienneté dans le grade de sergent ou de maréchal des logis, et non d'après leur ancienneté dans l'emploi d'adjudant commis-greffier. Le ministre de la Guerre faisait valoir contre cette requête deux fins de non recevoir : en premier lieu, l'absence de préjudice direct et matériel, puisque, si l'on avait suivi rigoureusement l'ordre de classement que le requérant réclamait, celui-ci n'aurait

pas encore été promu à la date de la formation de son pourvoi ; il se réclamait, à ce sujet, de l'opinion de Laferrière (*op. cit.*, t. II, p. 427) : pour que le recours pour excès de pouvoir soit recevable, il faut qu'il existe une décision susceptible d'être exécutée ; si l'administration s'est bornée à manifester des intentions qui ne pourront se réaliser que par des actes ultérieurs, la partie doit attendre que ces actes l'atteignent. En second lieu, le ministre soutenait que l'ordre d'inscription sur le tableau ne lésait aucun droit, le ministre ayant toujours le droit de procéder aux nominations sans tenir compte du rang d'inscription sur le tableau (1). Le Conseil d'État a

1. L'absence de lésion d'un droit ne suffit pas à entraîner l'irrecevabilité du pourvoi. Le Conseil d'État n'a répondu à cette argumentation du ministre qu'en affirmant l'existence du simple intérêt résultant de la prise en considération habituelle, au sujet des nominations, du rang d'inscription au tableau.

L'intérêt, dans le cas relaté ci-dessus, ne semble en définitive mis en jeu que par l'éventualité d'un retard à une nomination escomptée pour l'avenir. De même, lorsque la possession de certains diplômes ou l'exercice de certaines fonctions est exigée pour la nomination à un emploi, l'individu titulaire du diplôme ou remplissant la fonction qui attaque une nomination illégale n'invoque qu'un intérêt aléatoire, celui qu'il aurait eu à ne pas être frustré de la part de chance qu'il avait de se voir attribuer l'emploi. Ceci nous amène à penser que dans le cas d'une nomination illégale à un emploi civil réservé à un sous-officier rengagé, un sous-officier classé quelconque devrait être déclaré recevable à l'attaquer, car il pourrait invoquer un retard certain à une nomination future, mais certaine.

Il n'a été question ci-dessus que de recours contre des décisions affectant les personnes. La nécessité de la mise en jeu d'un intérêt direct et personnel au réclamant suffit à établir qu'un

cependant jugé que le requérant justifiait dans sa requête d'un intérêt suffisant : considérant que l'une des dispositions du décret du 9 janvier 1900 a fixé le mode d'inscription des officiers assimilés et employés militaires sur les tableaux d'avancement établis en vue de leur promotion au choix à un grade supérieur ; que le rang occupé par chaque candidat sur le tableau d'avancement constitue l'un des éléments d'appréciation soumis au ministre de la Guerre qui statue sur les nominations à faire au choix ; qu'ainsi le requérant a intérêt et est recevable à déférer au Conseil d'État toute décision ministérielle prescrivant un mode d'inscription au tableau qu'il prétend être contraire aux dispositions du décret du 9 janvier 1900, et qui aurait pour effet de modifier défavorablement le rang qu'il occupait sur le tableau.

Ces exemples montrent l'extension donnée dans ces dernières années par le Conseil d'État à la notion d'intérêt direct et personnel. Nous ne croyons cependant pas que le Conseil d'État puisse indéfiniment la développer et admettre, suivant l'expression de M. Jèze, que tous les administrés ayant capacité pour ester en justice ont qualité pour provoquer, par le recours pour excès de pouvoir, le contrôle de

fonctionnaire ne serait pas recevable à critiquer une décision n'infirmant qu'un de ses actes. La personnalité du fonctionnaire n'apparaît pas dans l'acte de la fonction.

la légalité des actes administratifs, dès qu'ils ont fait la preuve que leur requête n'est pas dictée par l'esprit de tracasserie. Si cette qualité vraiment négative suffisait à permettre l'introduction du recours pour excès de pouvoir, celui-ci deviendrait une sorte d'action publique, d'action populaire que chacun pourrait exercer dans l'intérêt de tous. Or l'individu agissant comme tel ne peut défendre l'intérêt général que par l'usage de ses droits de citoyen ou par l'exercice du droit de pétition.

C. — RECEVABILITÉ A RAISON DE L'OBSERVATION
DES FORMES ET DÉLAIS

Pour être recevable, le recours pour excès de pouvoir doit être introduit dans les formes et les délais déterminés par la loi. Au sujet des formes, l'article 1^{er} du décret du 2 novembre 1864 a autorisé les parties à présenter elles-mêmes leurs requêtes et mémoires sans ministère d'avocat et les a dispensées de tous frais autres que les droits de timbre et d'enregistrement quand elles attaquent pour excès de pouvoir les actes des autorités administratives (1).

Le recours pour excès de pouvoir peut s'exercer *omisso medio* contre les actes des autorités administratives, c'est-à-dire des agents qui ont le pouvoir de prendre des décisions exécutoires produisant des

1. Voir la note page 28.

effets de droit. Il n'est pas nécessaire de s'adresser préalablement au ministre pour obtenir de son pouvoir hiérarchique l'annulation ou la réformation des décisions des autorités subordonnées.

On pourrait se demander s'il n'existe pas, en matière militaire, des textes particuliers imposant le recours hiérarchique préalablement au recours contentieux. Et peut-être pourrait-on être tenté d'en découvrir un dans l'article 213 du règlement sur le service intérieur (1) dans les corps de troupe du 25 mai 1910 qui indique une certaine procédure à suivre par le militaire qui se croit fondé à se plaindre d'une punition disciplinaire. Il ne saurait être évidemment question de déférer *de plano* au Conseil d'État une sanction disciplinaire quelconque. Mais il est facile de se rendre compte qu'il ne saurait s'agir, en la matière, de choix entre le recours hiérarchique et le recours contentieux. L'intervention

1. Service intérieur (art. 213). Le droit de réclamation est admis pour permettre aux militaires d'exercer, le cas échéant, un recours contre les mesures ou punitions imméritées ou irrégulières.

Les réclamations individuelles sont seules autorisées.

En matière disciplinaire, tout militaire qui croit avoir des motifs fondés de réclamation doit d'abord demander à être entendu du supérieur qui a pris la mesure ou prononcé la punition.

... L'inférieur dont la réclamation n'a pas été admise peut l'adresser, par la voie hiérarchique, à l'une quelconque des autorités supérieures à celles qui ont déjà examiné sa réclamation.

du ministre, qu'elle soit obtenue de la façon prévue par le règlement sur le service intérieur ou de toute autre façon est nécessaire, pour que la mesure incriminée devienne susceptible d'être attaquée devant le Conseil d'État. Il y a lieu de remarquer à nouveau que les punitions disciplinaires prononcées par des autorités subordonnées au ministre ne sont pas, sauf le cas où des pouvoirs propres de décision ont été délégués par la loi à ces autorités, des décisions exécutoires dans le sens où nous employons cette expression, mais de simples mesures d'exécution. Une autorité subalterne infligeant une punition ne prend pas une décision ; elle accomplit un acte de la fonction ; elle assure, en ce qui la concerne, l'exécution du service ; elle reste, lorsqu'elle exerce son droit ou plutôt sa fonction de sanction, soumise à la surveillance de l'autorité supérieure qui a sur la mesure prise le droit non seulement d'annulation, mais de réformation et de modification, dans la limite de ses attributions fonctionnelles.

Un autre texte prescrit une procédure à suivre par les officiers désirant obtenir réparation d'un préjudice causé par des nominations aux droits qu'ils tiennent de leur ancienneté : c'est l'article 36 de l'ordonnance du 16 mars 1838. Ce texte organise un recours hiérarchique au ministre (1), et l'intéressé

1. Lorsqu'un officier n'a pas obtenu l'avancement auquel il avait droit par son ancienneté, il est nommé à la première

peut, après décision du ministre, se pourvoir au Conseil d'État. Le Conseil d'État statue alors comme juge du contentieux de pleine juridiction, puisqu'il peut ainsi, indirectement, forcer le ministre à prendre une décision positive vis-à-vis du réclamant. Laferrière en conclut l'inutilité en pareille matière du recours pour excès de pouvoir. « Il y a là, écrit-il, un système complet de contrôle et de redressement des décisions erronées qui rend inutile la procédure du recours pour excès de pouvoir ; il empêche que les droits de l'officier nommé par erreur ne subissent l'atteinte irréparable d'une annulation par la voie contentieuse... »

Des arrêts du Conseil d'État décident, au contraire, que l'existence du recours basé sur l'ordonnance de 1838 ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé saisisse directement le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir. On lit dans une note du Dalloz sous l'arrêt Caillet (24 juillet 1874) : « Lorsque le droit d'ancienneté d'un officier est violé par la nomination d'un officier moins ancien que lui (dans le cas où le tour appartient à l'ancienneté) deux

vacance qui survient... L'officier compte son ancienneté dans son nouveau grade du jour où l'emploi qui lui appartenait a été conféré à un officier moins ancien que lui, et ce dernier conserve son ancienneté... La réclamation doit avoir été faite dans le délai de six mois (neuf mois pour les officiers employés hors de France) à partir de la notification de la promotion de l'officier moins ancien.

recours lui sont ouverts : l'un par la voie hiérarchique (art. 36 de l'ordonnance du 16 mars 1838), l'autre devant le Conseil d'État. L'ordonnance de 1838, en établissant le recours par voie administrative, n'a pu enlever aux intéressés le droit d'user de la faculté qu'ils tenaient de la loi des 7-14 octobre 1790. Aussi le Conseil d'État n'hésite-t-il pas à considérer comme recevables des pourvois dirigés par des officiers contre des nominations qui lui paraissent porter atteinte à leurs droits d'ancienneté. » Dans le même sens, à propos de l'affaire Casse 20 avril 1888, M. Levavasseur de Précourt, commissaire du gouvernement, disait dans ses conclusions : « On pourrait soulever la question de savoir si les officiers ayant à se plaindre d'une décision portant préjudice à leurs droits d'ancienneté n'auraient pas dû, au préalable, porter leurs réclamations devant le ministre. L'article 36 de l'ordonnance du 16 mars 1838 détermine la procédure à suivre par l'officier qui se croit lésé par une nomination faite au préjudice de son droit d'avancement à l'ancienneté, et l'officier qui suit cette voie peut ensuite, après décision du ministre, se pourvoir au Conseil d'État (Lafeuillade, 7 août 1883), mais la requête directe contre la nomination qui fait grief nous paraît avoir été toujours admise (Caillet, 24 juillet 1874 ; Labussière, 2 juin 1876). »

Nous ne voyons d'autres textes qui puissent faire supposer que l'exercice du recours pour excès de

pouvoir par les militaires soit soumis à raison de leur qualité, à des conditions quelconques et en particulier, à la nécessité de la formation préalable du recours hiérarchique. Le dernier texte auquel nous venons de faire allusion assure aux officiers une combinaison avantageuse du recours hiérarchique et du recours contentieux ; ils auront intérêt (à raison des délais et du résultat du recours) à en faire usage ; mais ils n'y sont pas tenus et le recours direct pour excès de pouvoir leur reste toujours ouvert. Quant au premier texte que nous avons envisagé et qui semble faire dans certaines conditions une obligation du recours hiérarchique et même du recours gracieux préalable, il ne constitue qu'un règlement intérieur à l'armée, pris pour assurer la bonne exécution du service. Il établit des règles auxquelles le militaire doit se soumettre lorsqu'il formule des réclamations à ses supérieurs hiérarchiques ; il détermine la façon d'obtenir à son égard une décision du ministre ; force lui est d'y recourir s'il veut faire endosser une mesure par l'autorité susceptible de rendre des décisions exécutoires ou la faire tomber avant qu'elle n'ait cette qualité. Mais contre les décisions du ministre ou des autorités expressément déléguées, le militaire peut choisir la nature du recours qu'il exercera, Ou il formulera une réclamation hiérarchique, et alors le règlement sur le service intérieur lui indique des règles auxquelles il doit se soumettre ; ou il exercera

le recours contentieux pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, et dès lors les règlements militaires, dont la compétence n'atteint pas ce mode d'action, ne pourront plus lui imposer l'observation d'aucune prescription (1).

Délais. — Jusqu'à la loi du 13 avril 1900, aucun texte particulier relatif au recours pour excès de pouvoir ne fixait le délai dans lequel celui-ci devait être introduit. On appliquait la règle générale posée par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, d'après lequel « le recours au Conseil d'État contre la décision d'une autorité qui y ressortit ne sera pas recevable après trois mois du jour où cette décision aura été notifiée ». Ce délai de trois mois pouvait s'augmenter des délais de distance prévus par l'article 13 du décret. La loi du 13 avril 1900 fixe à deux mois le délai de tous les recours au Conseil d'État, et par tant, celui du recours pour excès de pouvoir (2).

Avant le texte de 1900, l'opinion que le délai spécifié par le décret de 1806 était applicable au recours pour excès de pouvoir a surtout été développée dans les conclusions du commissaire du gou-

1. Tombe en particulier, en pareille matière, la règle d'après laquelle les réclamations individuelles sont les seules autorisées (Conseil d'État, 17 mars 1911; sieurs Pelissier de Féligonde, Bénézech et autres).

2. Le délai ne comprend ni le *dies a quo* ni le *dies ad quem*, de sorte qu'une décision ayant été notifiée le 1^{er} mars, le pourvoi sera recevable s'il est enregistré le 2 mai à minuit.

vernement. L'Hôpital (aff. Carré, 30 déc. 1862).
« M. de Cormenin, disait ce magistrat, tient que le délai n'est pas applicable au recours pour excès de pouvoir... M. Dufour se prononce dans le même sens ; il fait valoir qu'il y a un intérêt majeur et d'ordre public à ce que votre juridiction supérieure puisse en tout temps réprimer les excès de pouvoir.

» ... Cependant nous tenons que l'article 11 du décret de 1806 pose une règle générale et n'admet point l'exception de toute une catégorie (et ce n'est pas la moins intéressante) des affaires portées devant vous. Le texte nous paraît très absolu.

» ... S'il y a un intérêt d'ordre public à ce que les excès de pouvoir puissent toujours être réprimés, il y a un intérêt d'ordre public aussi à ce que les situations faites et acceptées depuis longtemps ne puissent être éternellement dérangées sur la provocation de l'une d'elles. Et si le recours est toujours ouvert devant le supérieur hiérarchique, tant mieux ; car là est le remède contre la perpétuité d'un excès de pouvoir qui serait anormal. »

D'après l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, modifié par l'article 24 de la loi du 13 avril 1900, le délai ne court que du jour où la décision a été notifiée. La notification doit être individuelle, s'il s'agit d'un acte visant un particulier ; elle résulte de la publicité donnée à l'acte, s'il s'agit d'une mesure collective ; cette publicité vaut également notifica-

tion aux tiers d'une mesure particulière susceptible de les intéresser (1). La notification, suivant les termes de Laferrière, doit faire suffisamment connaître la teneur de la décision, et non pas seulement son existence et l'énoncé sommaire de son dispositif. L'exécution forcée elle-même, bien que révélant de la façon la plus éclatante l'existence de la décision, n'en révèle pas suffisamment la teneur. Aussi semble-t-il qu'il y ait lieu de critiquer un arrêt du 9 février 1870 (Poulizac) qui déclare tardif le recours formé par un officier contre un décret de mise en réforme dont la notification n'était pas établie, parce qu'il s'était écoulé plus de trois mois depuis que le requérant avait su qu'il était rayé des contrôles de son régiment en exécution du décret. On pourrait de même critiquer un arrêt du 29 janvier 1909 (Broc) d'après lequel le fait pour un sous-officier d'avoir contracté postérieurement à une demande de commission, un rengagement d'un an implique que la décision par laquelle sa demande de commission a été écartée a été antérieurement portée à sa connaissance. Nous ne voyons pas, dans les deux cas que nous venons de citer, l'équivalent

1. Conseil d'État, 27 mars 1874, affaire Faidherbe. Il a été décidé que l'insertion au journal militaire officiel d'une promotion dans l'armée équivaut à la notification de la décision qui serait faite individuellement aux intéressés qui pourraient s'en trouver éés, et par suite fait courir contre eux le délai dans lequel le pourvoi doit être formé.

d'une notification expresse de la décision attaquée.

La jurisprudence du Conseil d'État a admis que l'exercice du recours hiérarchique ne privait pas l'individu de la faculté d'exercer ultérieurement le recours contentieux pour excès de pouvoir, si le recours hiérarchique avait été lui-même introduit dans les délais réglementaires. L'arrêt d'Andigné de Resteau (9 février 1865) avait déclaré que l'exercice en un temps quelconque du recours hiérarchique pouvait permettre d'attaquer par la voie contentieuse la décision de l'autorité supérieure devant laquelle il avait été porté, même lorsque cette décision était purement confirmative de la première. Des arrêts ultérieurs du Conseil d'État (13 avril 1881, Affaire Bansais ; 14 janvier 1887, Affaire Société de l'Union des gaz ; 14 mars 1890, Affaire Ville de Constantine) ont renversé cette jurisprudence.

Elle est aujourd'hui nettement établie en ce sens que le recours hiérarchique ne conserve plus tard le droit de former un recours contentieux que s'il est intenté dans le délai où le recours contentieux lui-même devrait être intenté. Elle résulte en particulier de l'arrêt Rémy, 19 mai 1899 :

« Considérant que le sieur Rémy, sergent rengagé à la 19^e section des secrétaires d'état-major et du recrutement, a été cassé de son grade le 8 août 1895 par décision du général commandant le 19^e corps, que cette décision lui a été notifiée le 11 mai 1897,

qu'il a adressé au ministre de la Guerre une réclamation qui a été rejetée le 7 mars 1898 ; que le pourvoi du sieur Rémy contre la décision du ministre a été enregistré au Conseil d'État le 15 avril 1898 ; que par suite il est recevable. »

Mêmes conclusions tirées des arrêts dame veuve Petit, 19 janvier 1906, Moreau et Pérot, 2 avril 1909. De toute cette jurisprudence il résulte que la décision primitive ayant été attaquée dans le délai de deux mois devant l'autorité administrative supérieure, un délai de deux mois à partir de la notification de la nouvelle décision est ouvert, pour exercer soit, le cas échéant, un nouveau recours hiérarchique, soit le recours pour excès de pouvoir ; il en sera de même jusqu'à l'épuisement définitif du recours hiérarchique, et il y a lieu de remarquer que la série des autorités susceptibles de rendre des décisions exécutoires est brève ; en matières militaires le recours hiérarchique ne peut s'exercer que de l'autorité investie par délégation expresse de certains pouvoirs du ministre au ministre lui-même. Cette thèse a prévalu contre l'opinion de M. Aucoc et celle de l'arrêtiste du Dalloz (1882.3. 49) d'après laquelle le délai imposé pour l'exercice du recours pour excès de pouvoir courait toujours et sans interruption possible, à partir de la première des décisions rendues dans un même sens. Le Conseil d'État, s'il avait admis une telle doctrine aurait en général interdit

de fait l'exercice successif des deux sortes de recours. Mais ce pouvoir de prorogation du délai que la haute assemblée reconnaît à l'exercice du recours hiérarchique, elle ne saurait évidemment l'accorder à l'exercice du recours gracieux dont l'individu fera bien de s'abstenir, s'il veut se réserver la disposition de la voie contentieuse.

Lorsque l'autorité à laquelle une décision administrative a été déférée par l'exercice du recours hiérarchique s'abstient de statuer sur cette décision, la requête peut, quatre mois après sa réception par l'autorité, être considérée comme rejetée.

Mais si le recours hiérarchique a été formé dans les deux mois légaux, le recours pour excès de pouvoir sera recevable à une époque quelconque, tant que l'autorité saisie du pourvoi s'abstiendra de répondre. Argument tiré des considérants de l'arrêt Ducreux (Conseil d'État, 7 août 1905).

« Considérant que pour contester la recevabilité de la requête du sieur Ducreux, la ville de Calais se fonde sur ce qu'elle a été présentée plus de deux mois après l'expiration du délai à la suite duquel la loi du 17 juillet 1900 donne aux parties intéressées, en cas de silence d'une autorité administrative, le droit de se pourvoir devant le Conseil d'État. Mais considérant qu'aucune disposition de loi n'a limité au délai de deux mois l'exercice de cette faculté... »

Il semble qu'on doive considérer comme rendu *a*

fortiori, et non comme impliquant par argument *a contrario* la solution opposée l'arrêt Finet (4 août 1905), qui paraît faire état de ce que la formation du recours contentieux ait suivi dans le délai de deux mois l'époque où le silence du ministre équivalait à une décision de rejet. « Considérant, énonce cet arrêt, que le sieur Finet, caporal ouvrier commissionné au 2^e régiment de zouaves, a été mis d'office à la retraite par décision du général commandant le 19^e corps d'armée en date du 31 octobre 1903, que cette décision lui a été notifiée le 9 novembre suivant ; qu'à la date du 26 décembre de la même année il a adressé au ministre une réclamation dont il lui a été accusé réception le 30 du même mois ; que le ministre n'ayant pas statué sur cette réclamation dans le délai de quatre mois qui lui est imparti par la loi du 17 juillet 1900 et qui expirait le 30 avril 1904, le sieur Finet a formé un pourvoi devant le Conseil d'État, que ce pourvoi a été enregistré au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 30 juin 1904 ; que, par suite, il est recevable. »

D. — FIN DE NON RECEVOIR RÉSULTANT
DE L'EXISTENCE D'UN RECOURS PARALLÈLE

Dans certains cas, la partie lésée par un acte administratif qu'elle considère comme illégal pourrait obtenir satisfaction en exerçant un autre recours, dit recours parallèle, devant une juridiction judiciaire ou administrative.

Ainsi, comme juges du contentieux des contributions indirectes, les tribunaux civils ont à apprécier la légalité des tarifs et des actes administratifs réglant la perception des taxes. De même, les tribunaux de simple police et de police correctionnelle, juges de la pénalité à infliger aux contrevenants aux règlements administratifs, sont juges de la légalité de ces règlements. De même les conseils de préfecture, juges du contentieux des contributions directes, ont qualité pour apprécier la légalité des actes générateurs des contestations en pareille matière. Enfin le Conseil d'État, juge du fond en matière de marchés de fournitures, de liquidation des dettes de l'État, est qualifié non seulement pour annuler, mais pour réformer toutes les décisions administratives intervenant dans des litiges de cette catégorie.

La jurisprudence du Conseil d'État pose en principe que le recours pour excès de pouvoir n'est pas

recevable contre les décisions administratives qui sont attaquées à propos d'un litige dont la connaissance appartient à d'autres juridictions. Au sujet des décisions attaquées devant lui à propos d'un litige ressortissant au contentieux de pleine juridiction, le Conseil d'État ne rejette pas *a priori* le recours correspondant s'il est à tort qualifié par le réclamant de recours pour excès de pouvoir, mais il refuse évidemment de l'affranchir, en vertu de cette dénomination fautive, de la procédure générale imposée aux recours contentieux de pleine juridiction (1). Ainsi, le Conseil d'État a déclaré irrecevables comme formés sans ministère d'avocat un certain nombre de pourvois dans lesquels les intéressés, qui parais-

1. Cette fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle, d'origine purement jurisprudentielle et sans fondement juridique bien solide, n'est pas observée d'une façon absolue. Ainsi le Conseil d'État admettait la faculté d'exercer le recours pour excès de pouvoir chez l'individu qui pour arriver à ses fins par une autre voie de droit, n'aurait eu à sa disposition qu'une exception : contre un règlement de police qu'il arguait d'illégalité, l'individu pouvait exercer le recours pour excès de pouvoir et n'était pas obligé pour y échapper d'opposer l'exception d'illégalité lors d'une poursuite en contravention. Dans un autre sens, le Conseil d'État admettait, en certaines matières d'expropriation, le recours pour excès de pouvoir, seul capable de replacer l'individu dans sa situation primitive. Enfin, le Conseil d'État, détachant d'une opération contractuelle un acte ayant un certain caractère d'ordre public a admis des adjudicataires évincés à attaquer par le recours pour excès de pouvoir l'acte de l'adjudication ou plus exactement l'acte d'approbation de cette adjudication (Conseil d'État, 28 avril 1899. Barralis).

saient dans la forme n'attaquer qu'une décision, élevaient en fait des contestations sur des dettes de l'État. Ainsi dans l'affaire Thomazou (28 mars 1890) le Conseil d'État déclare irrecevable comme formé sans ministère d'avocat un recours contre une décision ministérielle qui a rejeté une demande d'un sous-officier tendant à l'allocation d'une prime de rengagement. Dans l'affaire Deane (19 mai 1899) le Conseil d'État déclare irrecevable pour la même raison une requête tendant à ce qu'il plaise au conseil d'annuler une décision par laquelle le ministre des Colonies a refusé d'allouer à un capitaine une certaine somme pour frais de route et de séjour. Dans l'affaire d'Aubigny (28 novembre 1902), le Conseil rejette pour la même raison le recours formé par un colonel contre une décision ministérielle lui imposant le remboursement sur ses deniers personnels de sommes détournées par un employé subalterne du corps (1). Même jurisprudence enfin dans l'arrêt Lauqué (16 nov. 1906) à l'égard d'un recours formé par un

1. « Considérant que dans sa requête présentée sans ministère d'avocat, le colonel d'Aubigny ne soutient pas qu'en prenant la décision attaquée, le ministre a statué hors de sa compétence, mais demande la restitution d'une somme de 1.659 francs qu'il prétend fausement imputée sur sa solde à raison de détournements dont il a été déclaré, pour partie, responsable ; que cette requête ne peut dès lors être considérée comme un recours pour excès de pouvoir ; que, ne rentrant d'autre part, dans aucune des catégories de pourvois que des dispositions spéciales autorisent les parties à introduire elles-mêmes, elle n'est pas recevable (Rejet). »

officier contre une décision ministérielle lui refusant une augmentation de solde.

Dans certains cas, au contraire, il est possible au Conseil d'État de dissocier, pour ainsi dire, une requête en ses éléments, et alors il examine au fond celles des conclusions de la requête qui peuvent être considérées comme un recours pour excès de pouvoir et déclare irrecevables celles qui dérivent d'une contestation ressortissant à la pleine juridiction. Ainsi dans l'affaire Heurtaut (11 juillet 1902), le Conseil d'État annule pour excès de pouvoir une décision du ministre des Finances appliquant les règles du cumul des traitements à un capitaine en retraite, agent temporaire des douanes et régies en Indochine, mais il rejette les conclusions tendant au remboursement des sommes indûment retenues et des intérêts de ces sommes : considérant que les conclusions de cette nature formulées dans un recours introduit sans le ministère d'un avocat au Conseil d'État ne peuvent être jointes à un recours pour excès de pouvoir, que dès lors elles ne sont pas recevables. Par l'arrêt Balu (20 mars 1904), le Conseil d'État déclare recevable un recours formé sans ministère d'avocat, et tendant à l'obtention du bénéfice d'un décret contenant des avantages pécuniaires d'avancement. Ce recours pouvait finalement aboutir à une augmentation de solde, mais ce résultat n'apparaissait que comme la conséquence future et indirecte de l'admission du

pourvoi, uniquement dirigé contre une décision, et dans lequel surtout il n'était formulé aucune conclusion tendant à l'allocation d'un supplément de traitement.

Ces considérations sont d'ailleurs résumées dans un article du *Temps* (n° du 31 mars 1912), que nous reproduisons ci-dessous :

Pour les fonctionnaires
Le recours pour excès de pouvoir

Le Conseil d'État est très souvent saisi de demandes de fonctionnaires relatives à l'application des textes sur les traitements, la solde et leurs accessoires (primes d'engagement, indemnités de route, de passage, de séjour, etc.)

Or le législateur, en édictant la dispense de frais pour les requérants qui s'adressent au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir, a voulu ouvrir plus largement l'accès de cette haute juridiction aux intéressés qui lui défèrent l'acte d'une autorité administrative. C'est ainsi que le recours pour excès de pouvoir est expressément déclaré recevable sans le ministère d'un avocat, alors que ce ministère est cependant obligatoire dans la généralité des autres cas.

Mais le recours pour excès de pouvoir n'a pour

objet que l'annulation de l'acte attaqué. Aussi jusqu'à présent la jurisprudence administrative refusait de ranger sous cette qualification les pourvois formés par des fonctionnaires contre les décisions qui intéressaient directement ou indirectement leur traitement ou leur solde.

On estimait que ces pourvois, ayant en réalité pour objet final l'allocation d'une somme d'argent constituaient moins une demande en annulation d'une décision de l'autorité supérieure qu'une demande pécuniaire, laquelle ne saurait être soumise au Conseil d'État que par ministère d'avocat et sans aucune dispense de frais.

Le Conseil d'État vient de supprimer cette restriction qui ne semblait pas d'accord avec les intentions libérales de la loi.

Ainsi que l'a fait remarquer le commissaire du gouvernement Pichat, dont les conclusions ont été adoptées par le Conseil d'État, la portée pratique de la question est considérable, car si les réclamations concernant le traitement et la solde ne peuvent être soumises à la juridiction administrative que par ministère d'avocat et sans dispense de frais, le montant de ces frais dépassera souvent l'intérêt du litige. On aboutirait donc à priver les intéressés du moyen de se faire rendre justice.

Or les réclamations de cette nature semblent au contraire pouvoir sans difficulté être rangées

parmi les recours pour excès de pouvoir bénéficiant de la dispense de frais.

Ce recours est ouvert en effet contre tout acte d'une autorité administrative, sans s'arrêter à la distinction qui était faite autrefois entre les actes d'autorité et les actes de gestion, pourvu que le moyen invoqué soit fondé sur la violation des règles de droit résultant des textes législatifs ou réglementaires qui régissent l'organisation des services publics et que les conclusions tendent uniquement à l'annulation de l'acte attaqué.

Dans l'espèce, le Conseil d'État était saisi d'une requête par laquelle un fonctionnaire, le sieur Lafage, médecin principal des troupes coloniales, demandait l'annulation d'une décision ministérielle refusant de lui allouer certains frais de représentation.

Cette requête a été considérée par la haute juridiction comme recours pour excès de pouvoir et dès lors déclarée recevable quoique introduite sans ministère d'avocat.

Si le Conseil d'État s'est rangé à cet avis, qui constitue l'affirmation d'une jurisprudence nouvelle déjà préparée par des décisions antérieures, c'est que le moyen soulevé à l'appui de la demande d'annulation de la décision ministérielle était une question de légalité qui pouvait être isolée et envisagée indépendamment de toute demande de payement.

L'arrêt porte en effet que M. Lafage se borne à soutenir que par la décision attaquée il a été privé du bénéfice d'avantages qui lui sont assurés par les règlements ; que sa requête met ainsi en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative et qu'elle est dès lors recevable par la voie du recours pour excès de pouvoir.

CHAPITRE VI

LES OUVERTURES A RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

On peut appeler ainsi les différents vices réalisant dans l'acte d'administration l'excès de pouvoir. Ils peuvent, comme il a déjà été dit, être rattachés à quatre types suivant qu'ils proviennent de l'incompétence, du vice de formes, du détournement de pouvoir, et de la violation de la loi et des droits acquis.

A. — INCOMPÉTENCE

L'incompétence est définie par Laferrière l'inaptitude légale d'une autorité à prendre une décision, à faire un acte non compris dans ses attributions.

« La nullité résultant de l'incompétence est d'ordre public. Elle peut être prononcée d'office par le Conseil d'État, même si la requête a omis de l'invoquer. »

Bien que toute incompétence administrative soit d'ordre public et entraîne l'annulation pour excès de pouvoir, on peut cependant, en doctrine, distinguer plusieurs espèces d'incompétence :

1° L'usurpation de pouvoir, qui consiste soit à usurper un droit de décision quand on n'en possède aucun, soit à exercer une attribution étrangère à l'autorité administrative en empiétant sur l'autorité législative, judiciaire ou gouvernementale ;

2° La confusion d'attributions, qui consiste à empiéter d'une autorité administrative sur une autre, et qui peut elle-même résulter de plusieurs espèces d'empiétements : empiétement de l'autorité inférieure sur les attributions de l'autorité supérieure, de l'autorité supérieure sur les attributions de l'autorité inférieure ou empiétement d'autorités égales sur leurs attributions respectives.

Les cas d'usurpation de pouvoir, rares d'une façon générale, sont rares en matière militaire. Nous trouvons, comme exemple d'une autorité statuant absolument sans pouvoir, le cas d'une commission instituée par l'article 70 de la loi du 21 mars 1905 classant un ancien sous-officier pour un emploi (celui de receveur des départements aux postes et télégraphes), qui ne figure pas parmi ceux que la loi précitée a réservés en totalité ou en partie aux sous-officiers (Conseil d'État, 3 août 1907, affaire Logerot). Une telle décision, qui, évidemment, devait être

déclarée nulle et non avenue, ne procédait d'ailleurs que d'une erreur de la commission, l'emploi ci-dessus mentionné figurant parmi ceux que la législation antérieure réservait aux sous-officiers. Non seulement cette décision était annulable, mais il semble que sans intervention d'aucune procédure en annulation pour excès de pouvoir, elle eut dû être considérée comme nulle de plein droit, inefficace par sa nature même, inapte *a priori* à exercer une influence quelconque sur les nominations à effectuer par l'autorité compétente.

Un autre cas d'usurpation de pouvoir se trouve dans un arrêté ministériel antidatant rétroactivement la nomination à leur grade de sous-officiers de la marine et dans un décret élevant ces mêmes grades au rang d'officiers avec effet rétroactif (1). En décidant pour le passé, le ministre et le Président de la République avaient usurpé les pouvoirs de

1. Tous les développements qui suivent ne valent que parce qu'il s'agit d'arrêtés et de décrets. Ils tomberaient s'il s'agissait de lois, puisqu'en l'absence de toute règle sur l'inconstitutionnalité des lois, le législateur ne peut, en France, commettre d'excès de pouvoir. C'est ainsi que force est à chacun de s'incliner devant la loi du 13 juillet 1906 :

ARTICLE UNIQUE. — Le lieutenant-colonel d'infanterie breveté en réforme Picquart (Marie-Georges) est réintégré dans les cadres de l'année et promu général de brigade pour prendre rang du 10 juillet 1903. Le temps passé par le lieutenant-colonel Picquart dans la position de réforme lui sera compté comme temps d'activité.

leurs prédécesseurs (1). En fait l'affaire se présentait de la façon suivante : En vue de donner aux enseignes de vaisseau provenant des premiers maîtres élèves-officiers une ancienneté antérieure à

1. Cette idée a été développée, à l'occasion de cette affaire, par M. Georges Teissier, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions : « Avant de poser les questions mêmes que vous avez à résoudre, il nous paraît nécessaire, élargissant et généralisant le débat qu'elles soulèvent de préciser quels sont, d'après les principes mêmes du droit et d'après les règles constitutionnelles qui nous régissent, les pouvoirs d'organisation des services publics et les pouvoirs de nomination appartenant aux représentants de la puissance exécutive. Comme ces principes et ces règles ont été parfois perdus de vue, il y a lieu, croyons-nous, pour le Conseil d'État, de les affirmer aujourd'hui très nettement avec la haute autorité qui lui appartient.

Le pouvoir exécutif, quand le législateur ne s'est pas implicitement ou explicitement réservé la matière, est investi, en France, du droit de régler l'organisation des diverses administrations. C'est lui qui, par des décrets et des arrêtés généraux ou locaux, pose les conditions du contrat administratif qui lie la puissance publique et les agents, en déterminant les conditions de nomination, d'avancement, de discipline, de révocation et de licenciement. Ce droit d'organiser les services publics et de régler le statut des fonctionnaires, le pouvoir exécutif ne peut l'exercer que pour le présent et pour l'avenir. Il ne peut, c'est une règle de bon sens, modifier pour une période de temps déjà écoulée l'état de toute une catégorie de fonctionnaires et changer rétroactivement leur *cursus honorum* et leur caractère. On ne réglemente pas pour le passé. Les représentants de la puissance publique commettraient, s'ils le faisaient, un excès de pouvoir, un acte d'incompétence *ratione temporis*, si l'on peut dire, en exerçant un droit qui n'appartenait qu'à leurs prédécesseurs. Par contre, ils peuvent à la seule condition de respecter la constitution et les lois, régler pour l'avenir l'organisation des diverses administrations publiques et l'état du personnel qui en assure le fonctionnement. En pareil cas, il n'y a aucune usurpation de fonctions, aucun empiètement sur le pouvoir des successeurs qui demeurent

celle des enseignes promus la même année et provenant des aspirants de première classe, le ministre de la Marine avait cru pouvoir, pour leur permettre de remplir les conditions imposées par l'article 30 de

reront toujours libres de modifier ou d'abroger les dispositions réglementaires ainsi établies. Si maintenant, abandonnant le point de vue organisation et réglementation des divers services, on examine les pouvoirs de nomination aux emplois de ces services, on doit reconnaître que le droit des représentants de l'État et de ses démembrements est sensiblement plus limité dans le temps. Ce droit de nomination qui est dévolu au Président de la République par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, aux ministres, aux préfets, aux maires en vertu d'une délégation législative ou gouvernementale, ne peut être exercé que pour le présent. Les divers représentants de la puissance publique, investis du droit de nomination, ne peuvent nommer qu'aux postes vacants au moment même où ils disposent, sans pouvoir ni modifier les faits antérieurs, ni engager l'avenir. Ils ne peuvent, autrement dit, ni reculer dans le passé les effets d'une nomination actuelle, ni pourvoir par anticipation à des emplois qui ne sont pas encore libres de titulaires, en escomptant des décès possibles ou des limites d'âge certaines et en ajournant, à l'époque des vacances attendues, l'entrée en charge du fonctionnaire nommé. Le Président de la République et les ministres qui signeraient de pareilles nominations anticipées pourraient ne plus être au pouvoir au moment où les vacances viendraient à s'ouvrir effectivement, et ils se trouveraient ainsi avoir non seulement exercé un droit non encore né, mais aussi usurpé un pouvoir qui ne devait appartenir légalement qu'à leurs successeurs. Ce n'est d'ailleurs qu'au moment où la vacance à un emploi existe réellement qu'il est possible d'apprécier la légalité ou l'opportunité d'une nomination. Entre la collation prématurée d'un emploi ou d'un grade et l'entrée en fonctions de son bénéficiaire, la législation ou l'organisation du service peut en effet changer. Le fonctionnaire nommé peut ne plus remplir les conditions réglementaires, un candidat plus apte peut surgir, de telle sorte que les exigences d'une bonne et saine administration s'accordent ici avec les principes les plus certains du droit public, pour con-

la loi du 10 juin 1896, reporter rétroactivement, par arrêté du 9 octobre 1904, la nomination des premiers maîtres élèves-officiers des 6 octobre 1902 et 1903 au 1^{er} octobre des mêmes années. Puis le 11 octobre 1904 intervenait un décret nommant douze premiers maîtres élèves-officiers de 1902 au grade d'enseigne pour prendre rang, rétroactivement, au 3 octobre 1904. Cependant, le 5 octobre 1904, les aspirants de première classe avaient été promus enseignes au bout de deux années de grade. Ces enseignes ont attaqué pour excès de pouvoir le décret du 11 octobre et l'arrêté ministériel du 9 octobre 1904 et leur requête fut jugée bien fondée par arrêt du Conseil d'État du 17 mai 1907 (affaire Le Bigot et autres).

damner tout à la fois l'exercice rétroactif et l'exercice anticipé du droit de nomination. C'est donc, par conséquent, toujours au moment précis où s'ouvre une vacance dans un emploi ou dans un grade que naît au profit de la puissance exécutive le droit de nommer un titulaire à cet emploi ou à ce grade, et c'est seulement pour la période postérieure à la publication de la décision de nomination que celle-ci est susceptible de produire effet. Il ne peut être dérogé à cette règle (encore cette exception est-elle plus apparente que réelle) que dans le cas où le législateur a prévu des promotions et des avancements en quelque sorte automatiques après expiration d'un temps d'école ou d'un temps de grade déterminés. En pareil cas, pour qu'il n'y ait aucune interruption de service, pour que la promotion ou l'avancement produise effectivement son effet à la date légale, pour faciliter enfin l'application des règles de comptabilité sur le traitement et sur la solde, on peut concevoir que l'acte de nomination intervienne quelques jours avant l'entrée en fonctions ou la promotion au grade.

« Considérant, énonce cet arrêt, que le décret sus-mentionné est entaché d'irrégularité en ce qu'il fait remonter la nomination comme officiers des sieurs Mousson, Eno et autres, à une époque antérieure à sa date, et qu'il méconnaît en outre l'article 1^{er} de la loi du 19 mai 1834 en ce qu'il enlève aux requérants le bénéfice d'un rang d'ancienneté qui leur était définitivement acquis le 5 octobre 1904 par l'application de l'article 30 paragraphe 5 de la loi de 1896 susvisée, qu'il y a donc lieu d'annuler ce décret dans celles de ses dispositions qui font grief aux requérants, ainsi que le paragraphe 2 de l'arrêté ministériel du 9 octobre 1904 qui a eu pour but de conférer rétroactivement aux officiers mariniers sus dénommés une ancienneté à laquelle ils n'ont pas droit...

ARTICLE PREMIER. — Est annulée la disposition du décret attaqué qui fixe à une date antérieure au 11 octobre 1904 l'ancienneté des sieurs Mousson, Eno et autres dans le grade d'enseigne de vaisseau. Est également annulé le paragraphe 2 (1) de l'arrêté du Ministre de la Marine en date du 9 octobre 1904.

Des décisions ministérielles nomment rétroactivement à des grades militaires ou même rectifiant

1. Il y a lieu de remarquer que ce paragraphe 2 est entièrement annulé par l'arrêt, bien que seules les dispositions de ce para-

les rangs d'ancienneté étaient assez fréquentes dans la période suivant immédiatement la guerre de 1870. Ces procédés étaient attentatoires à l'article 15 de la loi du 14 avril 1832, qui édicte que l'ancienneté pour l'avancement est déterminée par la date du brevet du grade. Ils rendaient précaire la situation des officiers, exposés à voir des camarades plus nouvellement promus passer devant eux pour des raisons dont le ministre restait seul juge. Des arrêts du Conseil d'État (Houan, 6 février 1874, Caillet, 24 juillet 1874) ont décidé qu'un officier ne pouvait demander que son rang fût porté à une date antérieure à celle que fixait le décret de nomination, et que d'autre part le rang d'ancienneté d'un officier ne pouvait lui être retiré ou contesté que dans les formes où pourrait l'être la nomination elle-même dont elle n'est que l'accessoire.

*Incompétence à raison d'empiètement sur
des attributions ressortissant à d'autres autorités.*

La confusion d'attributions se manifeste en général, en matière militaire, par la décision d'autorités inférieures statuant au lieu et place du ministre

graphie relatives aux élèves-officiers promus en 1902, et non en 1903, aient été de nature à léser l'intérêt des requérants.

sans délégation ou en vertu d'une délégation vicieuse. Les délégations ne peuvent émaner que d'une loi ou d'un décret d'administration publique. Le ministre peut, à la vérité, permettre à certains de ses subordonnés de régler en ce qui les concerne la marche du service à la tête duquel ils sont placés, mais il ne peut, sans disposition législative qui l'y autorise, déléguer son pouvoir de décision à l'égard des individus. L'acte d'un subordonné agissant sans délégation régulière serait entaché d'incompétence, et la décision du ministre refusant de le réformer annulable pour excès de pouvoir : C'est ce que le Conseil d'État affirme dans l'arrêt Remy (16 mai 1899). « Considérant que le général commandant le XIX^e corps d'armée a prononcé la cassation du sieur Remy de son grade, par application de l'article 6 de la loi du 18 mai 1889, seul texte visé dans la décision. Considérant qu'au moment où cette décision a été rendue, l'article 6 de la loi du 18 mars 1889 avait été abrogé par l'article 2 de la loi du 13 juillet 1894 ; que d'après cette dernière disposition, la cassation des sous-officiers rengagés est prononcée par le ministre ou le Général commandant le corps d'armée délégué, que le général commandant le XIX^e corps d'armée n'avait reçu du ministre aucune délégation lui conférant le pouvoir de casser de leur grade les sous-officiers rengagés. »

Il y a lieu de remarquer que si le ministre avait

qualité pour déléguer ce droit de cassation des sous-officiers rengagés aux généraux commandant les corps d'armée, c'est qu'il y avait été autorisé par une loi spéciale (loi du 13 juillet 1894). Le fait que la circulaire ministérielle du 25 janvier 1896 est seule mentionnée dans l'arrêt Bernard (Conseil d'État, 27 déc. 1901 (1)) pourrait au premier abord faire supposer qu'elle suffisait à elle seule et faire considérer cet arrêt comme mettant en échec le principe d'après lequel le ministre ne peut à lui seul déléguer son droit de décision ; mais en réalité, cette circulaire ne valait que par la loi qui autorisait son intervention.

B. — VICE DE FORME

Le vice de forme, écrit Laferrière, consiste dans l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auxquelles un acte administratif est assujéti par les lois et règlements.

Dès l'origine de la juridiction du Conseil d'État, le vice de forme a été considéré comme constituant

1. « Sur le moyen tiré de ce que le général commandant le VII^e corps d'armée n'avait pas qualité pour prononcer la cassation du sieur Bernard. — Considérant que les généraux commandant les corps d'armée avaient reçu délégation à cet effet par la Circulaire du ministre de la Guerre du 25 janvier 1896 ».

un excès de pouvoir. C'est ce que décide un arrêt du Conseil d'État du 4 juillet 1813 à l'égard de deux jugements rendus par un conseil de guerre irrégulièrement composé. S'il semble que même sous la législation de l'époque le Conseil d'État n'avait pas à statuer en pareille matière, l'arrêt rendu n'en a pas une moindre portée doctrinale relativement aux conséquences du vice de forme :

« Considérant que le conseil de guerre spécial, qui a rendu les jugements dont il s'agit, n'a pas été légalement composé puisqu'il a eu pour président un capitaine au lieu d'un officier supérieur.

Que c'est un principe constant qu'il n'y a pas de plus grand défaut que le défaut de pouvoir et que ce vice doit être reproché à tout tribunal irrégulièrement constitué,

Est d'avis que les deux jugements ci-dessus doivent être considérés comme nonavenus. »

En matière militaire, certaines mesures disciplinaires ne peuvent être prises contre les officiers et les sous-officiers rengagés qu'à la suite d'une procédure particulière soumise à des formes déterminées. Ainsi, la loi du 19 mai 1834 sur l'état des officiers, dans la section III, définit pour l'officier la position de réforme, énumère limitativement les espèces de fautes à raison desquelles un officier peut y être placé et dispose que la réforme ne pourra être prononcée que par le chef de l'Etat, sur rapport du

ministre de la Guerre et d'après l'avis d'un conseil d'enquête dont la composition et les formes devaient être déterminées par un règlement d'administration publique. Ce règlement d'administration publique fut promulgué le 21 mai 1836. Tout devant être de droit strict lorsqu'il s'agit de mesures disciplinaires, il semble bien que toutes les formalités édictées par ce règlement devaient être considérées comme également essentielles. De fait, nombreux sont les arrêts annulant des décisions de mise en réforme rendues sans que la constitution ou la façon de procéder du conseil d'enquête appelé à émettre son avis aient complètement observé les prescriptions du règlement du 21 mai 1836.

Dans l'affaire Vanucci (11 janvier 1851) le Conseil d'État annule une décision de mise en réforme parce que, contrairement à l'article 11 du règlement, connaissance n'avait pas été donnée à cet officier de l'objet pour lequel il avait été traduit devant un conseil d'enquête. Dans l'affaire Nouette (11 janvier 1878) il admet le vice de forme résultant d'une composition irrégulière du conseil d'enquête. Dans l'affaire Fauchoux (27 décembre 1878), il annule la décision rendue sur avis d'un conseil d'enquête devant lequel certaines pièces transmises au rapporteur par le ministre n'avaient pas été lues par cet officier. Dans l'affaire West (28 décembre 1877), il annule, comme ayant été prononcée en dehors des

causes et des formes prévues par le règlement de 1836, une décision présidentielle mettant un intendant général à la retraite d'office, alors qu'aux termes de l'article 7 de la loi du 4 août 1839, les officiers généraux ne peuvent être mis à la retraite que sur leur demande, sauf le cas où application leur serait faite des dispositions de la loi du 19 mai 1834 relatives à la mise en réforme des officiers.

L'abrogation de l'ordonnance de 1836 par le décret du 29 juin 1878 et par celui du 8 novembre 1903 laisse subsister les mêmes formes et partant, les mêmes moyens d'annulation. Voir *Recueil des arrêts du Conseil d'État* : Brun, 10 février 1882 ; de Bévillé, 17 mai 1889 : conseils d'enquête irrégulièrement composés ; Péty, 8 août 1882 : pièces relatives à la défense de l'officier non adressées au ministre, contrairement à l'article 20 du décret du 29 juin 1878, en même temps que le procès-verbal contenant l'avis du Conseil d'État.

Le Conseil d'État, s'est en général reconnu un pouvoir très étendu pour rechercher et constater le vice de forme d'où résultera l'annulation. Il s'est considéré comme qualifié pour vérifier lui-même, sans laisser ce soin au ministre de la Guerre, la position d'une fraction d'un corps de troupe, l'établissement des listes par ancienneté des officiers appelés à siéger, les motifs d'empêchement des officiers remplacés. Cette affirmation fut cependant mise en

échec, dans sa dernière partie, par un arrêt du 10 juillet 1891 (général Hubert Castex), dans lequel le Conseil d'État se refusa à apprécier les motifs pour lesquels le ministre de la Guerre avait admis qu'un officier appelé à siéger se trouvait dans un cas d'empêchement. « Considérant que si le ministre de la Guerre est tenu d'observer les règles édictées par le décret du 29 juin 1878 et n'a pas pour la composition du conseil d'enquête spécial un pouvoir discrétionnaire, il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier les motifs pour lesquels le ministre a jugé empêchés les officiers précédant sur la liste d'ancienneté les généraux appelés à faire partie du conseil d'enquête réuni le 4 mars 1890, et qu'en l'absence de toute disposition spéciale réglant pour les conseils d'enquête spéciaux le mode de constatation des empêchements admis par le ministre, le général Hubert Castex n'est pas fondé à demander au Conseil d'État d'annuler pour composition irrégulière du conseil d'enquête la décision rendue sur l'avis dudit conseil. »

Dans une note sous cet arrêt, l'arrétiste du Dalloz estime qu'en se déclarant incompétent pour connaître et de la réalité des empêchements admis par le ministre, et du mode de constatation de ces empêchements, le Conseil d'État a ôté toute sanction légale aux dispositions du décret de 1878 relatives à la composition des conseils d'enquête. En agissant

ainsi, le Conseil d'État, pour ainsi dire, admettait *a priori* de la part de l'autorité militaire l'observation de certaines formalités réglementaires. Il avait refusé, à propos de l'affaire de Cosnac (20 nov. 1874) de souscrire aux conclusions du ministre de la Guerre qui soutenait, à propos de la composition d'un conseil d'enquête de régiment, que le général commandant la division avait nécessairement connu et approuvé l'empêchement de l'officier auquel avait été substitué un officier pris dans un autre régiment, attendu qu'il avait été chargé de veiller à la convocation du conseil d'enquête et qu'il avait ensuite rendu compte au ministre des opérations de ce conseil sans faire aucune observation relative à la manière dont il avait été composé; admettre ces conclusions du ministre eut été déclarer qu'en assumant la responsabilité de la composition donnée à un conseil d'enquête, le général de division l'affranchissait de toute illégalité. De fait, par l'arrêt Hubert Castex, le Conseil d'État admettait pour le ministre ce qu'il avait refusé d'admettre pour un général de division et déclarait somme toute que si le ministre avait donné telle composition au conseil d'enquête, celle-ci se trouvait légale *ipso facto*.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt Hubert Castex paraît isolé, et au contraire, d'après la contexture de la plupart de ses arrêts relatifs à des cas de mise en réforme, le Conseil d'État, si l'ordre de convocation

du conseil d'enquête ne porte pas lui-même la preuve d'un empêchement admis par l'autorité militaire, se reconnaît le droit d'examiner en fait la validité d'un empêchement ultérieurement allégué (Lamarque, 28 mars 1885). Mais nous ne trouvons pas de cas dans lesquels le Conseil d'État déclare explicitement non valablement empêché un officier déclaré empêché par l'autorité militaire dans l'ordre de convocation. Il semble cependant que le Conseil d'État devrait avoir qualité pour statuer lui-même sur la validité des empêchements, quels qu'aient été le temps et le mode de leur admission.

L'arrétiste du Dalloz, dans une note sous l'arrêt du 20 novembre 1874, écrit ce qui suit : « Si la jurisprudence imposait aux réclamants l'obligation de démontrer que les officiers les plus anciens n'étaient pas empêchés ou n'avaient pas fait partie d'un précédent conseil, ce serait leur imposer une preuve négative impossible à fournir. L'exécution des prescriptions qui garantissent contre tout arbitraire la composition des conseils cesserait d'être assurée. Nous ne prétendons pas que l'officier qui a comparu devant un conseil puisse discuter la validité des empêchements. La discipline et le bon ordre exigent que les chefs hiérarchiques soient seuls juges de la question. Nous ne croyons pas non plus que dans le silence de la loi, il y ait cause d'annulation du fait que le procès-verbal ne porterait pas lui-

même la preuve que le conseil a été composé conformément au règlement,, mais tout au moins faut-il que l'autorité militaire ait en main la preuve de la régularité de cette composition et qu'elle puisse en justifier.» Cette note nous paraît envelopper quelques contradictions. Comment exiger que l'autorité militaire justifie de la régularité de la composition d'un conseil d'enquête en la laissant, d'autre part, seule juge de la validité des empêchements? Il semble que pour que les droits de l'individu fussent pleinement sauvegardés, celui-ci devrait être admis à discuter-devant le Conseil d'État l'application qui a été faite contre lui de toutes les dispositions du règlement, article par article. Il y a d'ailleurs lieu de remarquer qu'en général, les dispositions législatives et les décrets multiplient de plus en plus les formalités de nature à garantir l'individu contre l'arbitraire. Ainsi, dans cette matière particulière de la mise en réforme des officiers, le décret du 8 novembre 1903, abrogeant le décret du 29 juin 1878, édicte (art. 4 *in fine*) que si un officier appelé par son tour d'ancienneté à siéger dans un conseil d'enquête est reconnu empêché par le général commandant le corps d'armée, la cause de l'empêchement doit être mentionnée dans la décision qui constitue le conseil.

Cette prescription, selon nous, serait de nul effet si elle ne permettait devant le Conseil d'État la discussion de la valeur de ces causes. Son inobservation

entraînerait, en tous cas, l'annulation de la décision de mise en réforme ultérieurement prononcée contre l'officier (1).

Communication du dossier

(Exécution de la loi du 22 avril 1905, art. 5.)

Une autre disposition législative ayant pour but de garantir le fonctionnaire contre l'arbitraire est la loi du 22 avril 1905 qui dispose dans son article 65, que tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une peine disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté. La non communication préalable du dossier entraîne la nullité de la décision qui a été prise à l'égard de l'offi-

1. Contrairement à l'arrêt Hélie (11 décembre 1848) : considérant qu'aucune disposition de loi ou ordonnance n'exige que l'empêchement ou l'absence de l'officier remplacé soient constatés dans l'acte même qui désigne les membres appelés à composer le conseil d'enquête; que dès lors l'omission de cette constatation n'est pas de nature à entraîner la nullité de la nomination du remplaçant (Rejet).

cier. Le dossier doit être mis à la disposition de l'officier par l'action de l'autorité militaire; ce n'est pas l'officier, même fondé d'après les circonstances à se croire sous le coup d'une des mesures spécifiées à l'article 65 qui doit, de son initiative, demander à prendre connaissance de son dossier (1). La loi du 22 août 1905 a donc prescrit, en matière disciplinaire, l'observation de nouvelles formes et provoqué, partant, l'introduction et l'admission d'un grand nombre de recours pour excès de pouvoirs.

*De certains cas où le vice de forme
n'entraîne pas annulation*

L'irrégularité d'une formalité, de même que son omission entraîne, en thèse générale, l'annulation de l'acte. Le Conseil d'État admet cependant certains cas d'exception dans lesquels, en général, l'inobser-

1. Argument des arrêts Vilar, 6 août 1909; Serres, 5 décembre 1908; Zannet, 29 juillet 1910. Un arrêt plus récent (Moirand, 3 février 1911) a cependant admis que le fait d'un supérieur hiérarchique demandant contre un fonctionnaire une des sanctions prévues à l'article 65 et l'en avisant équivalait, pour celui-ci, à une mise en demeure de réclamer la communication de son dossier. Dans le même sens, l'arrêt Desreumaux (5 mai 1911) décide qu'un officier de l'armée territoriale, dont la révocation a été prononcée, a été mis régulièrement en demeure de demander la communication de son dossier dès lors qu'il avait connaissance de la demande d'envoi devant un conseil d'enquête présentée par ses supérieurs hiérarchiques contre lui.

vation d'une formalité apparaît comme n'ayant pu léser l'intérêt du requérant. L'existence d'un intérêt lésé, exigé d'une façon générale pour la recevabilité du pourvoi, se retrouve exigée, en particulier et au fond, à propos de chacun des moyens invoqués par le requérant. C'est ce qui résulte de l'arrêt Hinault (7 août 1891) par lequel le Conseil d'État refuse de considérer comme entraînant conséquences le vice de forme résultant de ce que les membres d'un conseil d'enquête n'avaient pas été convoqués par l'autorité qualifiée (1). De même, par l'arrêt Goyot (12 février 1909) le Conseil d'État juge que la communication du dossier n'est pas viciée par l'omission des noms de quelques-uns des signataires des notes dont la plupart, d'ailleurs, sont désignés par leurs grades et emplois ; cette circonstance ne pouvait être considérée comme faisant grief au requérant ni, partant,

1. « Sur les moyens tirés de ce que les membres du conseil d'enquête n'ont pas été convoqués par le général de Division, chargé de la nomination des membres du conseil d'enquête, et de ce que le sieur Hinault n'a pas reçu régulièrement l'ordre de comparution devant ledit conseil : Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Hinault a été informé en temps utile du lieu, du jour et de l'heure de la réunion du conseil d'enquête et du nom du rapporteur... qu'il a été mis à même de préparer ses moyens de défense et de réunir les renseignements qu'il pouvait juger utiles ; que si c'est à tort que le général commandant la 2^e division de cavalerie ne s'est pas conformé aux prescriptions de l'article 10 du décret du 29 juin 1878, cette circonstance n'est pas de nature à entraîner l'annulation de la décision du Président de la République du 24 février 1890 (Rejet). »

être invoquée par lui à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir.

Il semble qu'on puisse encore considérer l'absence d'intérêt lésé comme cause de l'inefficacité des irrégularités commises dans la notification d'un acte : l'individu n'a pas intérêt à ce qu'un acte lui soit notifié de telle ou telle façon. D'autre part, le Conseil d'État considère la notification d'un acte comme ne pouvant réfléchir sur l'acte lui-même et comme essentiellement distincte de cet acte. C'est ce qu'il résulte des termes mêmes des considérants de ses arrêts relatifs à des cas de ce genre : Schiltz, 7 janvier 1910. « Considérant qu'en admettant que le texte même de l'avis du conseil d'enquête n'ait pas été annexé à la notification de la décision prise par le Président de la République, comme le prescrit l'article 26 du décret du 8 novembre 1903, cette omission ne constituerait pas un vice propre du décret attaqué et ne pourrait en entraîner l'annulation pour excès de pouvoirs (Rejet). » La même formule finale est textuellement employée dans une affaire analogue du 7 mai 1909. Si toutefois il est de jurisprudence constante que les irrégularités commises dans la notification d'un acte ne peuvent entraîner l'annulation de cet acte, il semble qu'on puisse soutenir qu'une notification vicieuse ne fasse pas courir le délai du pourvoi et laisse le recours indéfiniment recevable.

*Des conséquences de l'inobservation des formes
prescrites par des décisions ministérielles*

Il n'a été question, dans tout ce qui précède, que des formalités prescrites par des textes législatifs ou réglementaires. Les simples instructions ou circulaires ministérielles sont, en principe, considérées comme des actes dits de pure administration, ne pouvant, ni créer des droits en faveur de tiers, ni faire obstacle à ce que ceux-ci exercent les droits qui leur appartiennent, incapables par conséquent en raison de leur caractère même, à servir de base à un recours pour excès de pouvoir.

C'est la doctrine développée par Laferrière (*op. cit.*): « Les formalités obligatoires sont celles qui résultent des lois et règlements. Les circulaires et instructions ministérielles sont de simples prescriptions hiérarchiques destinées à guider les subordonnés en leur faisant connaître les vues de l'administration supérieure. L'omission des formalités qu'elles exigent ne constitue pas un vice de forme pouvant entraîner l'annulation de l'acte. » Cette doctrine absolue est consacrée par de nombreux arrêts du Conseil d'État. Elle est clairement proclamée dans l'arrêt Dumas (30 juin 1853). Un capitaine mis à la retraite au moment où son ancienneté l'appelait au grade de chef

de bataillon invoquant l'inobservation de formalités prescrites par des instructions ministérielles, le Conseil d'État jugea « qu'alors même qu'il serait établi qu'on n'aurait pas complètement observé les formes indiquées dans les instructions ministérielles, la seule inobservation de ces formes ne peut entraîner la nullité de la décision qui a mis le sieur Dumas à la retraite. » Le Conseil d'État trouvait d'ailleurs dans sa jurisprudence antérieure l'application de la même doctrine à l'égard des formalités prescrites non seulement par des instructions ministérielles, mais par des décisions royales. Dans l'affaire Moreau (27 juillet 1842) il avait rejeté le recours formé par un capitaine du génie mis en non activité pour retrait d'emploi en violation de formalités préalables prescrites par une décision royale du 18 septembre 1834. C'est en vain que le requérant avait représenté qu'au cours de la discussion aux Chambres de l'article 6 de la loi du 19 mai 1834 sur l'état des officiers, il avait été reconnu que si on devait laisser au pouvoir royal une action libre et absolue sur l'emploi, le pouvoir royal devait s'imposer à lui-même certaines formes qui offriraient aux officiers des garanties contre l'abus du droit de leur retirer l'emploi. Bien que la décision royale du 18 septembre 1834 eût eu précisément pour objet de déterminer ces formes, le Conseil d'État avait refusé de les considérer comme obligatoires pour le pouvoir royal puisque dans

son arrêt, il ne faisait même pas la moindre allusion à leur violation, se bornant à déclarer qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 19 mai 1834, la mise en non-activité par retrait ou suspension d'emploi a lieu par décision royale, sur rapport du ministre de la Guerre.

Cependant, des atteintes furent portées à cette théorie absolue. Dès 1864, le commissaire du gouvernement Ch. Robert (à propos de l'affaire Gaunard, 15 juin 1864) lui proposait une dérogation concernant les cas où les instructions ministérielles fixaient, en vue de la sauvegarde des droits des administrés, les devoirs et les attributions des fonctionnaires administratifs (1).

1. Le commissaire du gouvernement s'exprimait ainsi : « Comment, dira-t-on peut-être, la violation d'une simple instruction ministérielle peut-elle constituer un excès de pouvoir ? Il semble en effet, au premier abord, qu'une instruction prise par le ministre, sur la proposition de ses bureaux, n'est pas un acte assez solennel pour que les formes ainsi tracées puissent être prescrites à peine de nullité ; mais nous adhérons, en cette matière, à une opinion sage et autorisée qui, en principe général, se fonde sur une distinction pleine de justesse... Partant de l'idée que dans le double intérêt de chaque citoyen et de l'administration elle-même il faut multiplier les garanties qui sont la sauvegarde de tous les droits, on arrive à reconnaître que certaines instructions ministérielles ont un caractère obligatoire dont la juridiction contentieuse doit tenir compte. Impuissante pour restreindre les droits que les administrés tiennent de la loi ou des décrets rendus pour son exécution, les instructions ministérielles ont une autorité incontestable lorsque, réglant les devoirs et les attributions des fonctionnaires administratifs, elles tracent ainsi, pour chacun, les limites de la délégation qui lui a été faite au nom du

Laferrière combat cette thèse en se bornant d'ailleurs à affirmer que seule la loi crée des droits, les instructions ministérielles ne pouvant être que des actes de direction hiérarchique qui ne sauraient être invoqués par les tiers ni contre eux. Mais il semble bien que de nos jours, la thèse du commissaire du gouvernement Robert soit remise en honneur et que les instructions ministérielles doivent, dans les cas précis qu'indiquait l'éminent magistrat, être considérées comme créatrices de droits. C'est ce qui résulte de l'arrêt Rageot (6 août 1909) : un employé civil de l'administration centrale du ministère de la Guerre attaquait la décision ministérielle arrêtant un tableau d'avancement susceptible de l'intéresser et dressé sans que des conférences préalables entre de hauts fonctionnaires n'aient été tenues dans les formes prescrites par une instruction ministérielle. Le ministre, sans contester ces affirmations, soutenait que l'inobservation des prescriptions de l'instruction ministérielle, à la différence de celles d'un texte législatif ou réglementaire, ne pouvait servir de base à un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État, contrairement aux conclusions du ministre, jugea que l'instruction ministérielle inobservée, prise d'ailleurs en vue d'assurer l'exécution d'un décret,

chef du pouvoir exécutif et lorsque, bien loin de porter une atteinte aux droits privés, elles les entourent d'une protection salutaire. »

avait pour but de donner des garanties au personnel de l'administration centrale du ministère et que dès lors le requérant était fondé à prétendre, contrairement à l'opinion du ministre que la méconnaissance des prescriptions qu'elle édictait n'engageait pas seulement la responsabilité vis-à-vis du ministre du haut fonctionnaire fautif, mais constituait, en outre, une, atteinte aux droits du personnel. La doctrine, enveloppée dans cet arrêt, paraît être exactement celle du commissaire du gouvernement Ch. Robert : l'instruction ministérielle inobservée affectait et protégeait la situation d'une certaine catégorie de fonctionnaires ; de même que le ministre l'avait prise, il aurait pu la révoquer ou la modifier sous réserve de respecter par ailleurs toutes lois ou décrets relatifs à la matière, mais tant qu'il la laissait subsister, il était tenu de se conformer à ses prescriptions.

On doit reconnaître toutefois que cette doctrine laisse une large place à l'appréciation arbitraire du Conseil d'État. Il semble fort difficile de décider d'une façon absolue dans quelle mesure une instruction ministérielle affecte des droits ou ne constitue que des mesures de pure administration. On trouve dans l'arrêt Guérchet (12 mai 1911) une solution contraire à celle de l'arrêt Rageot dans un cas qui, *mutatis mutandis*, soulevait à peu près la même question.

Le Conseil d'État, il est vrai, assure d'une façon

générale aux fonctionnaires l'observation des formalités qu'il qualifie de substantielles, qu'elles soient prescrite par des lois, des décrets ou des instructions ministérielles. Mais il n'assure que l'observation de ces formalités. Deux arrêts, Morand-Monteil, 2 août 1907, et Pesquès, 16 décembre 1910, rejettent des recours fondés sur l'inobservation de formalités prescrites par des instructions ministérielles et donnent les mêmes raisons, formulées dans les mêmes termes, de ce rejet : considérant qu'il résulte de l'instruction que les formalités substantielles, dont l'accomplissement devait nécessairement précéder la décision attaquée, et qui sont au nombre de celles que prévoit l'instruction ministérielle du... ont été remplies. Mais il nous semble qu'il n'y a pas de critérium dérivant de la loi qui permette de décider si une formalité est substantielle ou non. Il n'y a pas de définition légale de ce qui constitue pour une formalité la qualité d'être substantielle. Affirmer qu'un acte est régulier en vertu de l'accomplissement des formalités substantielles revient donc, ce nous semble, à déclarer l'acte régulier parce qu'il est tel.

Les observations qui précèdent s'appliquent d'ailleurs à la généralité des recours pour excès de pouvoir, mais c'est surtout en matières militaires qu'elles s'imposent. Tout ce qui intéresse l'armée, en raison du caractère même de cette institution, doit être réglementé jusque dans les plus petits détails : une

telle réglementation, impossible à assurer entièrement par les lois et les décrets seuls, est en grande partie l'œuvre des instructions ministérielles. Pour que celles-ci atteignent leur but, pour qu'elles soient efficaces, il faut que leur dispositif et les formalités qu'elles édictent soient sanctionnés par le juge des excès de pouvoirs. Or le juge des excès de pouvoirs ne sanctionne que ce qu'il lui plaît. Si en particulier nous comparons deux arrêts rendus à quatre-vingts ans d'intervalle sur la même matière, celle de la mise en non-activité des officiers, nous voyons que la seule garantie conquise et l'observation des formes substantielles. Ce résultat peut paraître faible, et c'est d'ailleurs un principe général qu'un tribunal doit statuer d'après la loi et non d'après l'équité, mais il ne faut pas oublier que les décisions d'espèce du Conseil d'État ont souvent déterminé la loi, que cette haute assemblée ne fait usage de sa liberté d'appréciation que pour trancher les cas particuliers avec une souplesse favorable à l'individu que sa jurisprudence, au cours de son évolution, a toujours défendu.

C. — DÉTOURNEMENT DE POUVOIR

Le Répertoire pratique de Dalloz de 1912, à l'article Conseil d'État, s'exprime ainsi sur la matière : « D'après une jurisprudence assez récente, mais actuellement constante, il y a lieu à l'annulation de l'acte incriminé en cas de détournement de pouvoir, c'est-à-dire lorsqu'une autorité administrative a usé d'un pouvoir qui lui était conféré dans un but déterminé, à l'effet de satisfaire un intérêt d'ordre différent. L'annulation peut être prononcée en ce cas, alors même que les dispositions contenues dans l'acte incriminé examinées en elles-mêmes, ne sortent pas de la catégorie de celles qui auraient pu, dans certains cas, être prises par l'autorité de qui elles émanent. »

Le détournement de pouvoir consiste ainsi, non pas dans l'illégalité du dispositif même d'un acte, mais dans l'illégalité des motifs qui l'ont inspiré et de la fin vers laquelle il tend en réalité. En matières militaires, les recours pour excès de pouvoirs basés sur un détournement de pouvoirs sont relativement rares. Cette rareté tient sans doute à la correction de but et d'intentions qui anime en général l'autorité militaire appelée à prendre des décisions, mais elle tient aussi à ce que le juge des excès de pouvoirs a plus de

difficulté à saisir les vices constitutifs du détournement de pouvoir dans une décision de l'autorité militaire que dans un acte d'une administration civile (1). L'autorité militaire invoque volontiers des raisons vaguement formulées, telles que les besoins du service, les nécessités du commandement, l'intérêt de la discipline pour soustraire ses décisions à tout débat contentieux. Ces concepts échappant à toute définition juridique réussissent souvent, nous reviendrons plus loin sur ces considérations, à amener le Conseil d'État à consacrer des décisions violant lois ou règlements. Plus encore, cette haute

1. Laferrière exprime de la façon suivante comment le Conseil d'État pourra découvrir le détournement de pouvoir : « Juge administratif, il ne peut pas mander à sa barre les agents de l'administration active pour leur demander compte des motifs de leurs décisions ; il ne peut pas non plus organiser d'enquêtes en dehors d'eux, pour scruter leurs arrière-pensées et vérifier les mobiles de leurs actes... La preuve du détournement de pouvoir doit donc résulter, autant que possible, de documents émanés de l'administration elle-même et versés par elle au dossier, soit spontanément, soit sur la demande que le Conseil a pu faire en communiquant le pourvoi au ministre compétent. Parmi ces documents, on peut citer : les motifs que l'auteur de l'acte a lui-même insérés dans sa décision, la correspondance qui l'a précédée ou suivie et qui en fait connaître la portée, les instructions du supérieur hiérarchique d'après lesquelles la décision a été prise, les explications contenues dans les observations du ministre et dans les rapports des agents intéressés répondant à la communication du pourvoi. Le conseil peut aussi se fonder sur les circonstances de fait révélées par l'instruction écrite et d'où naissent des présomptions graves, précises et concordantes ; mais nous ne pensons pas qu'il puisse aller jusqu'à ordonner des mesures d'instruction pour rechercher lui-même quelles ont été ces circonstances. »

assemblée considère quelquefois certaines décisions de l'autorité militaire comme absolument discrétionnaires, refusant par là d'envisager à leur occasion la possibilité même d'un détournement de pouvoir. D'une façon générale, le détournement de pouvoir affecte surtout les actes discrétionnaires : l'intention n'est en effet discutée que si l'acte qu'elle a déterminé se présente en lui-même comme régulier par ailleurs. Rejeter pour un acte déterminé et sans analyse des conditions d'espèce cette ouverture à recours pour excès de pouvoir revient donc à reconnaître cet acte comme particulièrement, comme extraordinairement discrétionnaire : de tels actes se rencontrent surtout dans le domaine de l'autorité militaire. Un arrêt récent du Conseil d'État (Tiersonnier, 17 décembre 1909) apparaît comme l'expression des idées ci-dessus développées. Le sieur Tiersonnier (1), capitaine d'infanterie coloniale, avait déféré au Conseil d'État une décision par laquelle le ministre de la Guerre avait refusé de donner suite à sa demande de permutation, par le motif que cette permutation, dans les conditions où il la demandait, l'aurait fait bénéficier sur ses camarades de l'infanterie de ligne d'une avance de trois ans qu'aucune circonstance ne justifiait. Le requérant soutenait que le ministre avait ainsi commis un détournement de pouvoir, l'ordon-

1. *Recueil des arrêts du Conseil d'État*. Tiersonnier, 17 décembre 1909.

nance du 16 mars 1838 ne l'autorisant à examiner sa demande qu'au point de vue de la bonne exécution du service... Le Conseil d'État refusa d'accueillir la requête. « Considérant... qu'il résulte des dispositions de l'ordonnance du 16 mars 1838, et notamment de ses articles 53 et 55, que le ministre est chargé d'examiner les demandes de permutation dont il est saisi et de leur donner telle suite qu'elles comportent ; qu'ainsi, en refusant de donner satisfaction à la demande du sieur Tiersonnier, le ministre a usé des pouvoirs d'appréciation et de décision qu'il tient de textes précis. » Il est à remarquer que par ce considérant, le Conseil d'État évite précisément de répondre à la seule question qui se posait. La question n'était pas de savoir si le ministre avait eu qualité pour prendre la décision attaquée, mais s'il ne s'était pas inspiré, en le prenant, de considérations qu'il aurait dû laisser de côté. Le Conseil d'État aurait pu déclarer qu'une permutation assurant à l'un des intéressés un bénéfice de trois années d'ancienneté dans le grade sur des officiers de même durée totale de services nuisait à la bonne exécution du service : c'eût été alors déclarer l'absence de détournement de pouvoir dans la décision attaquée. Mais le Conseil d'État répondait d'une façon générale, sans faire allusion aux circonstances du cas particulier qui lui était déféré ; son arrêt revenait, en somme, à décider qu'en statuant sur une demande de permutation entre officiers, le ministre

ne pouvait jamais commettre de détournement de pouvoir.

Au contraire, l'arrêt Jore (5 mai 1911), statuant sur un prétendu détournement de pouvoir dans un acte discrétionnaire, échappe aux critiques que nous venons de formuler à propos de l'arrêt Tiersonnier : il étudie le cas d'espèce dont il s'agissait et le grie particulier qui était articulé dans l'acte attaqué. En fait, un conseil de régiment avait rejeté une demande de commissionnement formulée par un adjudant, dans l'unique but de ne pas lui permettre de rester au corps après sa quinzième année de service, et d'assurer ainsi l'avancement des jeunes sous-officiers. L'intéressé attaquait la décision du ministre confirmative de celle du conseil de régiment comme prise en raison d'un motif qui aurait dû être laissé de côté. Le Conseil d'État rejeta la requête. « Considérant que les dispositions de l'article 58 de la loi du 21 mars 1905 confèrent à l'autorité militaire le droit d'écarter, en s'inspirant de l'intérêt du service, les demandes des sous-officiers remplissant les conditions prescrites... Qu'en admettant que la demande de commissionnement du requérant ait été rejetée afin de permettre l'avancement des sous-officiers plus jeunes que lui, le conseil du régiment et le ministre de la Guerre n'ont fait qu'user du droit qu'ils tiennent de l'article susvisé ; que, dès lors, le requérant n'est pas fondé à soutenir que la décision

du ministre de la Guerre confirmant la décision du conseil de régiment est entachée de détournement de pouvoir. » On voit par la contexture de cet arrêt que le Conseil d'État reconnaît que l'acte même discrétionnaire n'est licite que s'il s'inspire de l'intérêt du service et qu'il déclare envisagée dans l'intérêt du service la considération qui, d'après le requérant, entachait l'acte de détournement de pouvoir.

Le Conseil d'État annule encore des actes discrétionnaires lorsqu'ils apparaissent comme une sanction disciplinaire, soit affirmée, soit seulement déguisée, et qu'ils ont pour effet d'enlever aux intéressés les garanties de forme et l'usage intégral des moyens de défense que des dispositions législatives ou réglementaires leur assuraient. Aucune autorité ne peut avoir le droit de formuler des accusations de nature à ouvrir contre l'intéressé une procédure réglementaire, et de lui ôter le bénéfice de cette procédure en le frappant de prime abord, à raison de ces accusations, d'une mesure discrétionnaire moins grave peut-être que les sanctions qu'il pouvait encourir, mais faisant par elle-même définitivement état d'une accusation contre laquelle l'intéressé pouvait revendiquer une discussion suivant des formes déterminées. Ainsi la législation protectrice de l'état des officiers n'a pas seulement pour but de sauvegarder les intérêts matériels ou de carrière de ces fonctionnaires, mais de leur permettre de discuter

certaines accusations dont ils seraient l'objet. Il y a entre les accusations formulées, les fautes commises et les sanctions une corrélation qui ne permet pas de les isoler les unes des autres. Lorsque la loi prévoit les suites à donner à une faute, il ne peut y avoir place, à son occasion, à l'intervention discrétionnaire d'aucune autorité. C'est ce qui résulte d'un arrêt du Conseil d'État du 19 juin 1903 (affaire Ledochowski) : le colonel Ledochowski avait été, à raison de graves irrégularités qu'il aurait commises dans l'administration de son régiment, l'objet d'un rapport ministériel concluant, après l'exposé de ces irrégularités, à une mise à la retraite d'office et qui fut approuvé et signé tel quel par le Président de la République. Le Conseil d'État annula cette décision, « considérant que s'il appartient au chef de l'État de prononcer quelles que soient d'ailleurs les raisons qui le déterminent, la mise à la retraite d'office de tous les officiers autres que les officiers généraux, dès qu'ils ont accompli trente ans de service, il ne peut fonder sa décision sur des motifs qui lui donnent, comme dans l'espèce, un caractère de pénalité, contre laquelle le requérant n'a pas été appelé régulièrement à présenter ses moyens de défense; qu'il suit de là que la décision attaquée et entachée d'excès de pouvoir ». M. Le Goux commente ainsi cet arrêt : « L'insertion dans la décision de motifs de nature à porter atteinte à la considération d'un officier et qui

ne résulte pas d'un débat contradictoire devant l'autorité compétente, dans l'espèce le Conseil de guerre, en transforme le caractère ; de mesure administrative, elle devient une pénalité, et le Président de la République, en la prenant, excède dès lors ses pouvoirs. »

La même solution avait été donnée dans l'arrêt de Cosnac (20 nov. 1874), par lequel le Conseil d'État avait décidé qu'un officier, mis en non activité par retrait d'emploi par exécution du dernier paragraphe de l'article 13 de la loi du 19 mai 1834, c'est-à-dire à la suite d'une procédure engagée devant un conseil d'enquête ne pouvait être privé, à raison de la modification favorable apportée à l'avis du conseil d'enquête, du droit qu'il aurait eu, s'il avait été mis en réforme, de prétendre que le conseil d'enquête devant lequel il avait comparu n'était pas régulièrement composé. Le vice de forme de la procédure suivie par le conseil d'enquête frappait de nullité, toute l'œuvre de ce conseil, et le chef de l'État ne pouvait tenir aucun compte de son avis, même pour le modifier favorablement. Il aurait pu en toute liberté et sans donner de motifs, mettre le lieutenant de Cosnac en non activité, mais il infirmait lui-même sa décision en laissant entendre par des observations du ministre de la Guerre qu'il faisait état contre cet officier d'une accusation jusqu'alors dépourvue de fondement, puisque l'œuvre du conseil qui seul avait qualité pour l'établir était nulle.

Il est naturel au surplus que ce soit l'autorité même dont émane la décision qui souvent, l'infirmé par ses déclarations, puisque le Conseil d'État ne croit devoir reconnaître le détournement de pouvoir que d'après les observations directes ou indirectes de cette autorité ou d'après des circonstances qu'il ne fait que relever mais qu'il ne provoque pas par des enquêtes. On trouve parfois dans des observations du ministre faite en réplique à des requêtes l'aveu flagrant du détournement de pouvoir. Ainsi, à la requête d'un capitaine, le sieur Labussière, contre une décision du chef de l'État le plaçant en non activité pour infirmités temporaires bien qu'il ne fut atteint d'aucune infirmité et qu'il n'eut jamais interrompu son service, le ministre répliquait que cet officier, noté comme incapable, aurait pu être placé en non activité par retrait ou suspension d'emploi, mais que la décision prise contre lui avait prononcé la mise en non activité pour infirmités temporaires d'une part pour ne pas froisser son amour-propre et pour ôter à la mesure tout caractère de punition disciplinaire, et d'autre part parce qu'il en résultait pour lui un traitement plus avantageux (affaire Lebusière, 2 juin 1876). Le Conseil d'État, faisant droit à des considérations de discipline et de subordination invoquées par le ministre, déclara que la décision par laquelle le chef de l'État met un officier en non activité pour infirmités temporaires est un acte qui n'est

pas de nature à donner lieu à un recours contentieux. Nous n'hésitons pas à croire qu'aujourd'hui, le Conseil d'État rendrait un arrêt opposé. D'ailleurs, l'arrêtiste du Dalloz rapprochant cet arrêt de l'arrêt de Cosnac, se demande si la décision attaquée ne constituait pas un détournement de pouvoir et n'arrivait à approuver le Conseil d'État que d'une façon bien pénible. « Une difficulté, écrivait-il, provenait des explications du ministre, et l'on pouvait se demander si le Conseil d'État ne se trouvait pas en présence d'un de ces cas de détournement de pouvoir dans lesquels les actes, même de nature discrétionnaire, peuvent tomber sous sa censure. Mais dans l'affaire du 20 novembre 1874, le Conseil d'État avait trouvé, dans les actes mêmes qui avaient accompagné la mise en non-activité, la preuve d'un défaut de formes des plus graves. Ici au contraire, l'acte attaqué était irréprochable en la forme et ne contenait qu'une mesure rentrant incontestablement dans l'exercice des pouvoirs du chef de l'État. C'était dans des documents postérieurs et étrangers à cet acte qu'il fallait chercher l'indice de l'excès de pouvoir prétendu. Le Conseil d'État sortirait de ses attributions pour s'immiscer dans celles du pouvoir exécutif si, en présence d'un acte portant dans son texte la preuve de sa légalité, il pouvait appeler le ministre, par qui il a été préparé, à expliquer les motifs pour lesquels il l'a soumis à l'approbation du chef

de l'État, et se prévaloir des explications ainsi fournies pour en prononcer l'annulation. » Cette note montre une conception bien étroite du détournement de pouvoir. Effet de la seule intention, le détournement de pouvoir peut aussi bien vicier un acte régulier dans la forme qu'ajouter au vice de forme une irrégularité d'un autre ordre. Circonscrire à la contexture même de l'acte attaqué la recherche de l'indice du détournement de pouvoir, c'est pour ainsi dire refuser d'accueillir d'une façon générale cette ouverture à recours pour excès de pouvoir. On est en droit de se demander quels indices plus certains on peut en trouver que l'aveu même de l'autorité incriminée, et Laferrière, dans la citation que nous avons reproduite en note plus haut, le considère formellement comme suffisant.

Comme l'écrit M. Hauriou (*Traité de droit administratif*, 1907, p. 454), le détournement de pouvoir est, à l'heure actuelle, l'ouverture dont le développement est le plus à prévoir et le plus à souhaiter. Il suffit, en principe, dès que la preuve de son existence est faite, à déterminer l'annulation d'un acte quelconque de l'administration. Les officiers, quittant leur réserve habituelle, paraissent ne plus vouloir rester en arrière pour faire valoir ce moyen d'annulation. Ils viennent, à propos d'un cas tout récent, de l'invoquer avec grande hardiesse. Un officier, le capitaine Durand, ayant été inscrit irrégulièrement

au tableau d'avancement de 1911, puis sous la menace d'un premier recours, reporté à la fin du tableau de 1912, certains de ses camarades ont déposé un nouveau recours contre cette seconde décision, prétendant qu'elle était tout au moins entachée d'un détournement de pouvoir : en fait, disaient-ils, le capitaine Durand figure au tableau de 1912 parce qu'il a été porté à tort sur celui de 1911 ; or, les inscriptions au tableau d'avancement pour le grade supérieur ont pour objet d'assurer, dans l'intérêt du service, le meilleur recrutement des officiers de ce grade et non de corriger des avantages irrégulièrement faits à certains officiers, tout en ménageant le mieux possible leurs intérêts.

Cette voie de recours, si les fonctionnaires n'hésitaient pas à en faire largement usage, les garantirait contre toute mesure prise à leur égard dans un autre but que l'intérêt du service. Elle aurait constitué une arme précieuse entre les mains de nombreux officiers qui furent victimes de « faits d'espionnage et de délation qui se produisirent fréquemment pendant le ministère Combes (1902-1905) et qui furent même encouragés par certains ministres, notamment par le général André, ministre de la Guerre (1) ». Trois officiers de la garnison de Poitiers, déplacés par le ministre à la suite de notes données

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, p. 489.

sur eux par le général commandant le corps d'armée auquel ils appartenaient, au sujet de leurs pratiques religieuses, et rédigées d'après des renseignements réunis en dehors de toute voie militaire, crurent pouvoir attaquer en responsabilité cet officier général devant le tribunal civil de la Seine (1). Ils furent déboutés de leur demande, le tribunal s'étant déclaré incompétent sur le déclinatoire élevé par le préfet de la Seine, jugeant ainsi, contrairement à eux et comme le préfet, qu'en rédigeant ses notes, le commandant du 9^e corps d'armée n'avait commis aucune faute personnelle, mais agi comme général dans l'exercice de ses fonctions. Nous croyons que ces officiers auraient été mieux inspirés si, renonçant à tous dommages et intérêts, ils n'avaient pas entrepris de soulever la grande question de la faute personnelle et de la faute de service, et s'ils avaient soutenu devant le Conseil d'État que la mesure qui les frappait, prise en dehors de toute considération militaire, était entachée de détournement de pouvoir. Le Conseil d'État avait, le 4 août 1905, annulé une décision ministérielle prononçant l'exclusion d'un fournisseur, le sieur Lespinasse, de toute adjudication à venir à raison de son attitude politique. Il nous semble évident qu'il n'aurait pas hésité à annuler une décision qui, légale si elle eût été basée

1. Tribunal de la Seine, 15 juin 1907.

sur les exigences du service, ne pouvait l'être si elle s'inspirait de considérations d'un caractère confessionnel.

On voit par les exemples qui précèdent les garanties précieuses que l'existence de cette voie de recours assure à l'individu. Favorable aux fonctionnaires dont elle augmente la protection, elle ne l'est pas moins à l'administration qu'elle maintient non seulement dans le respect de la légalité, mais dans celui de la moralité. Son exploitation intégrale, débarrassée toutefois de tout esprit de tracasserie, assurerait une administration exempte de passions, insensible à l'esprit de parti, des choix basés uniquement sur le mérite, l'application absolue de la règle : *the right man in the right place*. Ce seraient là d'incalculables résultats pour toute administration, mais surtout pour l'armée, étant donné le haut degré de moralité que le caractère de cette institution et l'accomplissement de sa fonction lui imposent.

D. — VIOLATION DE LA LOI

Nous avons déjà dit, à propos de l'historique du recours pour excès de pouvoir, qu'après le décret du 2 novembre 1864, la jurisprudence du Conseil d'État avait ajouté une nouvelle ouverture à recours, la violation de la loi et des droits acquis, aux trois

moyens d'annulation au fond antérieurement amis. Tandis que l'effet de ceux-ci était subordonné à l'existence d'un simple intérêt lésé, le vice tenant à la violation, à la fausse interprétation ou à la fausse application de la loi, ne pouvait être un moyen d'annulation que s'il portait atteinte chez le requérant à un droit acquis. Cela ne veut pas dire qu'avant l'œuvre de la jurisprudence du Conseil d'État postérieure au décret de 1864 il n'existait pour l'individu aucun moyen de faire tomber une décision violant la loi et un droit acquis. Mais le recours au Conseil d'État formé à cette occasion constituait le recours contentieux en annulation, distinct de ce qu'on appelait alors le recours pour excès de pouvoir.

C'est ainsi qu'après l'apparition des lois régissant l'état des officiers, des recours furent formés à raison d'atteintes aux droits qu'elles consacraient. Un des cas les plus intéressants, à raison des circonstances défavorables au requérant dans lesquelles il se présentait, fut l'affaire Mercier (13 mars 1852) : le ministre avait cru pouvoir faire annuler par le Président de la République la nomination au grade de sous-lieutenant d'un sous-officier qui avait été l'objet de graves sanctions disciplinaires et qui ne devait sa promotion qu'au fait que le ministre n'avait pas été avisé à temps des sanctions qui avaient été prises contre lui. En réplique à la requête de l'intéressé, le ministre opposait « que l'intérêt de la discipline

et le bien du service ne permettaient pas que ce militaire, promu par erreur au grade de sous-lieutenant, figurât de nouveau dans les rangs d'un régiment dont il avait été éloigné. Il faisait remarquer qu'en provoquant la mesure dont se plaignait le sieur Mercier, il avait eu surtout en vue de sauvegarder les intérêts sacrés de la discipline dans l'armée; il avait voulu empêcher un corps de troupe de discuter et d'être en quelque sorte en droit d'improver un décret du chef du gouvernement (le décret de nomination); il s'était efforcé de prévenir la critique funeste d'un acte qui eût évidemment donné prise à l'attaque; en un mot il avait cherché à éviter qu'un régiment ne vit arriver dans ses rangs un officier qui eût été un exemple vivant de l'inconduite récompensée ». Le Conseil d'État refusa de souscrire aux conclusions du ministre, et annula la décision révoquant le décret de nomination, cette décision n'ayant été fondée sur aucune des causes déterminées par la loi du 19 mai 1834 sur l'état des officiers, et ayant été, dès lors, rendue en violation de cette loi.

L'arrêt Fontan (25 décembre 1842) annulait une décision royale prise en violation de la loi et portant atteinte, non plus au grade, mais à l'ancienneté d'un officier.

Il semble bien que ces arrêts, antérieurs au décret de 1864, offraient déjà des garanties qui ne se sont accrues que depuis le début de ce siècle. L'œuvre

du décret paraît se réduire à une modification de la procédure (suppression du ministère obligatoire d'un avocat), et à un changement dans la terminologie, puisqu'on appela dès lors recours pour excès de pouvoir un genre de recours autrefois qualifié de contentieux en annulation. Mais en même temps l'œuvre de la jurisprudence précisait le caractère de l'action. On pouvait, en présence d'un recours intenté pour violation de la loi et d'un droit acquis, se poser la question de savoir si c'était le droit violé qui s'exerçait, ou si seulement l'individu, à l'occasion d'un droit violé, soulevait la question objective de la légalité d'une décision. C'est cette seconde idée qu'il faut adopter dès que l'action prend la forme d'un recours pour excès de pouvoir. Intéressé à l'action, l'individu qui recourt au juge de l'excès de pouvoir l'exerce, si l'on peut dire, d'une façon désintéressée : il ne fait pas valoir, comme en matière civile, des droits subjectifs, mais la violation de son droit lui donne qualité pour provoquer l'annulation d'une décision prise en violation de la loi.

Cette conception de la nature du recours pour excès de pouvoir s'harmonise parfaitement avec ses effets. Elle explique pourquoi le recours pour excès de pouvoir ne peut aboutir qu'à l'annulation de la décision attaquée. S'il était question de droits subjectifs opposés par l'intéressé à l'administration, on ne verrait pas pourquoi les attributions du juge de

l'excès de pouvoir se réduiraient à l'annulation et ne comporteraient pas le choix de toutes les solutions pouvant intervenir dans un procès entre des parties ; au contraire, s'il n'y a pas de droits subjectifs, la seule question en jeu est celle de la légalité ou de l'illégalité d'une décision, et cette question ne peut être résolue que par l'annulation ou par le rejet de la requête.

Les droits qui sont le plus souvent violés par des actes de l'administration sont des droits résultants de titres, de fonctions ou de grades ; ce sont des statuts de fonctionnaires garantis par la loi. Or, avant de se demander si l'individu chez lequel un de ces droits a été lésé et qui, à cette occasion, forme un recours contre une mesure attentatoire à la loi exerce des droits subjectifs, il faudrait se demander si l'ensemble des garanties assurées à un fonctionnaire et que l'on appelle des droits peuvent être considérées comme des droits subjectifs appartenant à ce fonctionnaire. Tel n'est pas l'avis de M. Duguit. Jugeant que toutes les garanties des fonctionnaires sont uniquement établies dans l'intérêt de la fonction, cet auteur ne voit dans la concession d'un état à certains fonctionnaires que l'organisation de la fonction ; le fonctionnaire accepte son état de même qu'il accepte des occupations de service. Il ne résulte de cet état aucun droit subjectif. Lorsqu'on parle du droit de propriété de l'officier sur son grade, il

ne peut être question d'aucun droit subjectif de propriété.

« L'état, écrit M. Duguit, est par définition une situation objective. Nul ne peut, par sa seule volonté, renoncer à son état et faire cesser l'état qui lui appartient, quand, au contraire, on peut toujours renoncer au bénéfice d'une situation subjective. L'officier ne peut pas perdre son grade par sa seule volonté : sa démission doit être acceptée par l'autorité compétente. Même si on prenait au pied de la lettre la formule : les officiers sont propriétaires de leur grade, la propriété n'est point un droit, mais un état, un pouvoir objectif... Il en est de même à plus forte raison pour l'emploi. Si certaines formalités sont exigées pour la mise en non-activité des officiers, elles ne constituent certainement pas un droit pour l'officier, mais simplement une limitation à la compétence de l'agent supérieur. »

L'intérêt de cette discussion n'est guère que doctrinal, sauf peut-être en ce qui concerne les effets de l'annulation prononcée. Il réside surtout dans l'unification de la théorie de recours pour excès de pouvoir. Toutefois, un abandon complet de toute idée d'exercice d'un droit subjectif eût peut-être réussi à développer plus rapidement l'extension de la dernière ouverture du recours pour excès de pouvoir, la violation de la loi et des droits acquis. La violation de la loi est le moyen d'annulation ; la vio-

lation du droit acquis la condition de recevabilité ; la recevabilité est donc subordonnée à des conditions plus sévères dans le cas de violation de la loi que dans celui des autres ouvertures, où la lésion d'un intérêt est seule exigée. Si le Conseil d'État n'avait pas considéré comme lésion d'un droit subjectif l'atteinte au statut d'un fonctionnaire, il aurait pu, tout au moins dans cette matière et par extension dans la généralité des cas, ne pas soumettre à des conditions particulières la recevabilité du recours pour violation de la loi : tout droit subjectif étant laissé de côté, force lui aurait été de ne considérer que des intérêts, et sa jurisprudence aurait successivement admis, plus tôt qu'elle ne l'a fait en réalité, l'intérêt renforcé dont parle M. Jèze, et comme aujourd'hui, le même intérêt qu'elle considère comme suffisant pour déterminer la recevabilité des trois autres ouvertures du recours. La jurisprudence actuelle, outre qu'elle protège l'individu d'une façon beaucoup plus efficace, est bien plus satisfaisante pour l'esprit : effectivement, le Conseil d'État, lorsqu'il subordonnait la nature de la condition de recevabilité à celle du moyen invoqué au fond, ne pouvait statuer sur la recevabilité sans étudier le moyen au fond ; or, il paraît beaucoup plus juridique d'étudier en elle-même la recevabilité, et de n'envisager le fond que lorsqu'il y a lieu de statuer sur le fond. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du Conseil d'État

permet aujourd'hui de reconnaître l'unité de la théorie du recours pour excès de pouvoir non seulement dans ses ouvertures au fond qui toutes assurent et assurent uniquement l'observation de la légalité et de la bonne administration, mais dans ses conditions de recevabilité. « Le Conseil d'État, lit-on dans *le Répertoire critique* de Dalloz, (1912, article Conseil d'État) fait actuellement de la violation de la loi une véritable cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, en n'exigeant plus comme condition de recevabilité la violation d'un droit acquis et en admettant le recours de la part de toute personne ayant intérêt à l'annulation. » « Quand le recours était fondé sur la violation d'une loi de fond, écrit M. Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 248), on paraissait exiger, pour qu'il fût recevable, que l'acte administratif attaqué fût grief à un droit du requérant; aujourd'hui on ne fait plus aucune distinction de ce genre. Toutes les fois qu'il y a eu une violation quelconque d'une loi ou d'un règlement, toute partie intéressée est recevable à former le recours pour excès de pouvoir. La jurisprudence du Conseil d'État apprécie d'une manière de plus en plus large l'intérêt suffisant pour que le recours soit recevable. Un intérêt simplement moral suffit. »

L'ancienne jurisprudence du Conseil d'État, qui ne s'attachait pas aux considérations relativement nou-

velles de droit subjectif et de législation objective que nous avons rappelées plus haut, jugeait qu'il y avait droit acquis lésé lorsqu'il y avait atteinte à une situation individuelle garantie vis-à-vis de l'Administration par des dispositions de loi ou de règlement. La sévérité avec laquelle elle exigeait la violation d'un droit acquis comme condition de recevabilité de la quatrième ouverture explique pourquoi certaines mesures incapables de violer des droits restaient en dehors du domaine de la juridiction contentieuse. Ainsi, une nomination d'officier dévolue au tour du choix ne pouvait donner lieu à un recours devant le Conseil d'État statuant au contentieux. « La juridiction contentieuse, disait le commissaire du gouvernement, Robert, à propos de l'affaire Gache (1) (22 janvier 1863) a été instituée non pour redresser tous les torts, non pour faire tomber tout acte irrégulier qui peut léser quelqu'un dans ses intérêts, mais pour assurer le respect et le maintien des droits acquis... Or, si la juridiction contentieuse peut et doit s'exercer dans sa plénitude, en ce qui concerne l'avancement dans l'armée, lorsqu'il s'agit d'une réclamation

1. Le décret de 1864 n'a guère accompli qu'une œuvre de forme, laissant le moyen d'annulation tiré de la violation de la loi soumis aux mêmes conditions de recevabilité qu'antérieurement. Donc, les conclusions du commissaire du gouvernement auraient pu être intégralement reproduites, lorsqu'après le décret de 1864 la violation de la loi fut considérée comme moyen d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

fondée sur le droit d'ancienneté, il n'en saurait être de même quand la réclamation est dirigée contre une nomination faite au tour du choix... Toute nomination au choix est essentiellement libre, et dès lors nul ne peut prétendre qu'il a un droit acquis à être choisi. En rappelant ces principes, nous n'entendons pas dire que sous les institutions qui nous régissent, les avancements au tour du choix dans l'armée soient abandonnés à un pouvoir discrétionnaire affranchi de tout contrepoids. L'article 45 de la constitution, en déclarant que le droit de pétition s'exerce devant le Sénat, a ouvert au premier corps de l'État une sphère interdite à la juridiction contentieuse ; c'est à lui qu'il appartient au besoin d'apprécier les actes illégaux, irréguliers qui, sans violer un droit acquis, affectent des intérêts respectables. Bien que dans ce cas l'action du Sénat se manifeste non par annulation, mais par le renvoi de la pétition au ministre compétent, personne ne pourrait songer à méconnaître l'importance et l'efficacité d'un pareil contrôle. »

Même si le requérant soutenait qu'une nomination avait été faite à tort au tour du choix et qu'elle eût dû être faite au tour de l'ancienneté, sa requête n'était jugée recevable qu'autant qu'il était appelé par son ancienneté à la première vacance.

C'est seulement dans ce cas que son droit, droit qui résultait pour lui des dispositions législatives garan-

tissant l'état des officiers, pouvait être considéré comme violé. Le commissaire du gouvernement, Robert, à propos de l'affaire Petit (20 mars 1862), s'exprimait ainsi : « Tant qu'un lieutenant n'est pas le premier sur le tableau d'ancienneté, il n'a aux promotions qu'un intérêt plus ou moins éloigné ; s'il nourrit quelques espérances, il n'a point encore de droit à invoquer. Mais le jour où il devient le plus ancien des lieutenants du régiment (1), un droit acquis naît en sa faveur ; il peut, la loi à la main, suivre les diverses nominations qui affectent le corps et en contester, s'il y a lieu, la légalité. C'est à partir de ce jour que, comparant les nominations antérieurement faites à l'ancienneté avec celles qui postérieurement auront été faites au choix, il pourra se demander si le nombre total des nominations faites au choix dépasse celui des promotions faites à l'ancienneté. »

L'obligation de prouver la lésion d'un droit avait même pour effet de supprimer tout recours pour excès de pouvoir contre certains actes illégaux.

Au sujet de l'affaire Lefebvre (11 novembre 1887), dans laquelle un candidat, refusé comme engagé conditionnel, critiquait un texte de composition du

1. Il existait alors un système de promotion intérieur au corps. Il pouvait de plus être procédé dans chaque corps à des nominations hors tour intéressant les services sédentaires sous la condition que la somme des nominations de cette nature et des nominations au choix n'excédât pas le nombre des promotions à l'ancienneté.

concours comme choisi en inobservation du décret réglementant ce concours, le commissaire du gouvernement s'exprimait ainsi: « Peut-être le choix exercé par le ministre a-t-il diminué les chances de ce candidat ; peut-être le jeune Lefebvre aurait-il été admis si le sujet de la composition eût été autre ; sur ce point, nous en sommes et nous en serons toujours réduits à des hypothèses ; or, ce n'est pas sur de pareilles éventualités qu'on fonde un recours pour excès de pouvoirs. » Le Conseil d'État rejeta la requête comme irrecevable, « considérant que la décision du ministre de la Guerre ne concernait pas le requérant, et qu'elle ne lésait aucun droit qui lui fût acquis, que par suite celui-ci n'était pas recevable à en demander l'annulation, en se fondant uniquement sur ce qu'elle aurait fait une inexacte interprétation de l'article 3 du règlement d'administration publique du 10 mai 1880. »

On se demande vraiment dans ces conditions qui donc aurait pu attaquer l'acte illégal : ce ne sont pas les candidats refusés d'après l'arrêt Lefebvre ; ce ne pourrait pas être non plus les candidats reçus qui, eux, n'ont évidemment pas d'intérêt à critiquer les conditions d'un concours où ils ont réussi ; on ne conçoit pas, par ailleurs, d'autres intéressés que les candidats. L'arrêt Lefebvre, sur lequel la jurisprudence du Conseil d'État est d'ailleurs revenue (Brault, 16 novembre 1894) tendait à laisser l'organisation

des concours à la discrétion absolue de l'administration.

M. Hauriou constate ce résultat fâcheux et cite comme autres exemples d'actes absolument discrétionnaires les actes organisant des services nouveaux et des institutions nouvelles. Mais il y a lieu de remarquer que de tels actes, par leur nature même, ne pourront pas être illégaux. Les règlements modifiant l'organisation d'une fonction déjà instituée pourront être annulés, s'ils sont pris en violation d'une loi, car il se trouvera en général des droits auxquels ils porteront atteinte (1). Si, au contraire, ces règlements illégaux sont invoqués à l'appui de

1. Mais il faut, pour que l'annulation soit prononcée, que la condition de recevabilité (violation d'un droit acquis) se réalise dans l'application de l'acte attaqué et que la condition d'ouverture au fond (violation de la loi) se rencontre dans l'acte lui-même. La violation seule d'un droit acquis serait inopérante : argument de l'arrêt Blanchet et autres (17 mars 1911). « Considérant que pour demander l'annulation pour excès de pouvoir des décrets des 11 et 17 juillet 1908 portant règlement sur la solde des marins et équipages de la flotte, et réorganisation de ce corps... les sieurs Blanchet et autres n'invoquent pas une violation de la loi ou un vice de forme, mais se fondent exclusivement sur l'atteinte qui aurait été portée aux droits résultant pour eux de la réglementation antérieurement en vigueur. Considérant qu'en modifiant par les décrets attaqués, pour l'avenir, cette réglementation antérieure, le chef de l'État n'a fait qu'user, dans un but général et en vue d'assurer le bon fonctionnement d'un service public, des pouvoirs qui lui sont conférés et a agi dans la plénitude de ses attributions; que la légalité des arrêtés attaqués ne peut dès lors être contestée; qu'il suit de là que les requérants ne sont pas fondés à en demander l'annulation pour excès de pouvoir (Rejet). »

prétentions (demande d'annulation d'une décision prise contrairement à leurs dispositions), ils ne seront pas annulés puisque le recours ne tend pas à leur annulation, mais le Conseil d'État déclarera que les dispositions qu'ils contiennent ne peuvent engendrer aucun résultat (1).

En permettant à la lésion d'un simple intérêt d'assurer la recevabilité du moyen d'annulation tiré de la violation de la loi, le Conseil d'État n'a laissé subsister l'arbitraire absolu dans aucun acte de l'administration ; seuls la loi et les actes de gouvernement restent à l'abri du recours pour excès de pouvoir.

1. Le Conseil d'État a jugé (Chausson, 10 avril 1908) qu'un sous-intendant militaire de 2^e classe, présenté par les contrôleurs généraux de l'administration de l'armée, n'était pas recevable à critiquer un décret nommant contrôleur de 2^e classe, au cinquième tour, un contrôleur adjoint. Bien que l'article premier du décret du 6 mai 1886 (en vigueur au temps de la nomination incriminée) disposât que le cinquième tour fût dévolu aux officiers ou aux fonctionnaires de l'intendance désignés conformément à l'article 43 de la loi du 16 mars 1882 et qu'à défaut de candidats de cette catégorie, ce tour revint aux fonctionnaires du corps inscrits sur les listes d'aptitude à l'avancement, ce décret n'a pu avoir pour effet de rendre obligatoire une disposition que la loi du 16 mars 1882 déclarait facultative.

« Il est sans difficulté, dit une note du Dalloz sous cet arrêt, qu'un décret ne peut valablement contenir une disposition contraire à une loi. Il en est ainsi alors même que le décret a le caractère d'un règlement d'administration publique... Le Conseil d'État a jugé que le décret du 6 mai 1886, en tant qu'il était contraire à la loi du 16 mars 1882, n'avait pas de valeur légale, et il a décidé qu'il ne pouvait être exécuté que dans les limites où il assurait l'exécution de la loi. »

Les moyens d'annulation tirés de la violation de la loi et du détournement de pouvoirs, se complétant heureusement l'un l'autre, assurent dans tous les actes administratifs le respect de la légalité dans leur but et dans la lettre de leur texte.

Des candidats à un examen d'État ont intérêt à ce que l'administration observe les règles qui régissent les conditions du concours et peuvent, dès lors, provoquer l'annulation d'opérations illégales commises dans son organisation. Des officiers ont intérêt à critiquer des nominations au choix ou des inscriptions au tableau d'avancement qui ne lèsent que des droits éventuels. L'arrêt de la Tasse (15 décembre 1905) offre précisément un exemple de recours contre une inscription au tableau d'avancement.

Le Conseil d'État, dans ses considérants sur la recevabilité du pourvoi, fonde, entre autres raisons, l'intérêt du requérant à cette action sur ce que la nomination même illégale d'un officier ne peut être annulée, un officier ne pouvant être frappé de rétrogradation que dans les cas prévus par la loi.

Il souscrit en cela à l'opinion de Laferrière (1). Si

1. « L'officier qui avait un droit acquis à une nomination à l'ancienneté peut-il attaquer, pour fausse application des lois sur l'avancement et comme portant atteinte à son droit, la nomination d'un officier moins ancien que lui ? Cette question est délicate, d'abord parce que les erreurs qui peuvent être commises sur l'ancienneté respective des officiers sont plutôt des erreurs

cette opinion devait être admise, tout recours direct contre une nomination à un grade d'officier deviendrait sans objet et devrait être rejeté *a priori* ; le seul moyen pour l'officier lésé d'obtenir satisfaction serait de recourir à la procédure établie par l'ordonnance de 1838. Mais bien des arrêts du Conseil d'État la rejettent au moins implicitement (Périès, 30 juillet 1840 ; Petit, 20 mars 1862 ; Caillet, 24 juillet 1874 ; Casse, 20 avril 1888) ; elle peut d'ailleurs paraître mal fondée. Annuler une nomination illégale ne revient pas à prononcer une rétrogradation. Le rôle du Conseil d'État se réduit à consacrer ou à annuler la nomination ; pour ce faire, il doit la considérer d'une façon objective, au moment où elle est intervenue, sans avoir à se préoccuper par conséquent des prétendus droits qu'elle a pu consacrer à son bénéficiaire. Si d'ailleurs le Conseil d'État s'interdisait d'annuler une nomination illégale à un grade d'officier en raison des droits qu'elle aurait consacrés, il devrait, pour les mêmes motifs, s'interdire d'annuler une mesure

de fait que des erreurs de droit ; ensuite parce que l'officier moins ancien, qui a été nommé par erreur, a acquis la propriété de son nouveau grade et ne peut en être privé que dans les cas prévus par la loi.

» Cette dernière raison nous a toujours paru décisive contre tout recours en annulation, malgré l'opinion contraire énoncée en 1862 par Ch. Robert et quelques arrêts qui ont paru implicitement l'admettre. »

illégal prise contre un officier, comme serait par exemple la radiation des contrôles de l'armée prise par simple décision ministérielle. Car dès qu'un officier perd son grade, il en résulte un droit pour les officiers du même grade : droit qui consiste en leur avancement irrévocable sur la liste d'ancienneté. L'officier illégalement privé de son grade pourrait, à la vérité, être réintégré dans l'armée, mais il ne pourrait plus figurer sur l'annuaire qu'à la suite de tous les officiers de son grade, car ceux-ci ont un droit acquis à leur ancienneté, l'ancienneté ayant été de tous temps considérée comme faisant partie intégrante du grade et ne pouvant être modifiée que suivant des formes déterminées (1). En

1. Cela ne veut pas dire que l'officier ne puisse perdre son ancienneté que de la façon dont il peut perdre son grade. Les officiers en non-activité pour infirmités temporaires, par retrait ou suspension d'emploi, les officiers en congé de longue durée, voient leur ancienneté suspendue pour les droits à l'avancement et au commandement, et maintenue seulement pour la réforme et pour la retraite. L'article 15 de la loi du 14 avril 1832 sur l'avancement dans l'armée dispose que l'ancienneté pour l'avancement sera déterminée par la date du brevet du grade; il est à remarquer que cette loi n'établit qu'une liste générale d'ancienneté pour tous les officiers d'un même grade, quelle que soit leur arme; il s'ensuit, contrairement à l'arrêt Tremblay (22 juillet 1848), qu'il n'existe pas dans une arme de droits susceptibles d'être lésés par la nomination dans cette arme, sans perte d'ancienneté, d'un officier d'une autre arme. Les articles 54 et 56 de l'ordonnance du 16 mars 1838 imposent aux officiers admis à changer d'arme par permutation certaines renonciations à leur ancienneté. Mais si ces articles disposent que les changements d'armes ne peuvent avoir lieu que par per-

poussant à l'extrême ce respect des droits acquis, on arriverait à rendre impossible le redressement des illégalités, on ne laisserait aux officiers que la jouissance de situations de fait, une illégalité commise devenant irréparable pour ceux qu'elle frappe et profitant irrévocablement à ceux qu'elle favorise. En réalité, il nous semble que des mesures telles que la nomination illégale à un grade d'officier ou une destitution illégale doivent être annulées ; en effet, elles ne constituent pas seulement une violation de la

mutation, ils ne peuvent apporter aucune restriction au droit que le Président de la République tient de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 de régler l'emploi des officiers mis à sa disposition et placés sous son autorité (Casse, 20 avril 1888). Il en résulte que le Président de la République peut, dans l'intérêt du service, prononcer le passage d'un certain nombre d'officiers d'une arme dans une autre. Ces changements d'arme sont en général provoqués par la création de corps nouveaux ; des dispositions législatives ou des règlements décident en général que les cadres de ces nouveaux corps sont recrutés parmi tous les officiers de l'armée ou les officiers de certaines armes et que ceux-ci conservent après leur nomination leur ancienneté de grade (ordonnance du 14 avril 1840 : formation de 40 nouvelles compagnies dans les régiments d'infanterie de marine ; ordonnance du 28 septembre 1840 : création de 10 bataillons de chasseurs à pied ; décret du 12 mai 1884 : formation du corps de tirailleurs tonkinois). C'est donc à bon droit que pour assurer l'exécution de la loi du 24 juillet 1909 portant réorganisation de l'artillerie, le Président de la République a autorisé le passage volontaire dans l'artillerie d'un certain nombre de lieutenants d'infanterie, en subordonnant leur changement d'arme à une perte seulement partielle d'ancienneté que rien ne le forçait à leur imposer (Pélissier de Féligonde, 17 mars 1911). Il semble même que le chef de l'État pourrait, en ne s'inspirant toutefois que du bien du service, prononcer en tous temps les changements d'arme qui lui paraîtraient opportuns.

loi, mais l'usurpation de pouvoir, l'excès de pouvoir au sens ancien de cette expression, vice qui rend la décision radicalement nulle, inexistante, inapte à produire des effets. Le Conseil d'État n'aurait même pas à en prononcer l'annulation, mais à en constater la nullité.

La violation de la loi, sans revêtir cette forme d'excès de pouvoir flagrant, peut résulter d'une fausse application ou d'une fausse interprétation de la loi. Le Conseil d'État doit, pour la reconnaître, s'ériger en véritable interprète de la loi. A propos de l'affaire Princes d'Orléans-Princes Murat (20 mai 1887) le Conseil d'État juge que la loi du 22 juin 1886, visant les membres des familles ayant régné en France, est inapplicable aux princes Murat. Il interprète cette loi en décidant, contre les princes d'Orléans, que non seulement elle empêche pour l'avenir l'entrée de nouveaux princes dans l'armée, mais qu'elle ordonne l'exclusion de ceux qui y sont actuellement. A propos de l'affaire Prince Napoléon (19 février 1875) le Conseil d'État interprète un décret du 9 mars 1854 en décidant que la situation faite par ce décret au prince Napoléon Joseph Bonaparte ne constituait pas le grade de général de division défini par les lois sur l'état des officiers. Par d'autres arrêts il a interprété l'article 9 du décret de 14 avril 1874 en décidant que les officiers mis en non activité par retrait d'emploi ne pouvaient être rayés des con-

trôles de l'ordre de la Légion d'honneur, cette mesure ne pouvant légalement être prise que contre les officiers mis en réforme pour cause de discipline ou mis à la retraite d'office à la suite de l'avis d'un conseil d'enquête. Il protège, d'ailleurs, les droits acquis aux membres de la Légion d'honneur comme il protège les droits acquis aux officiers, exigeant à leur sujet la stricte application des lois et règlements.

Au surplus, il est à remarquer que si dans certains cas d'espèce le Conseil d'État confirme des décisions qui semblent plus ou moins entachées d'arbitraire, la faute est moins la sienne que celle du législateur. Ressentant le besoin de justifier juridiquement ses arrêts, le Conseil d'État se trouve forcé de souscrire à des théories que beaucoup de bons esprits réprouvent, celle par exemple, d'après laquelle l'individu, en acceptant un emploi public, dans l'espèce, celui d'officier de l'armée territoriale, s'engagerait à ne pouvoir combattre le pouvoir réglementaire du ministre à son égard que par l'offre de sa démission (1).

1. Desreumeaux, 5 mai 1911. Le Conseil d'État a jugé qu'aucun texte de loi n'ayant fixé les obligations des officiers de territoriale en ce qui concerne le nombre et la durée des périodes auxquelles ils sont astreints, il appartenait au ministre de suppléer par des décisions propres à ce silence de la loi. La responsabilité de cette situation n'incombe-t-elle pas au législateur ou au Président de la République qui, au moment des incidents Des-

D'une façon générale, les arrêts du Conseil d'État sont bien faits pour assurer la légalité de toutes les mesures susceptibles d'intéresser l'armée. Il est vrai qu'en matière d'état des officiers, la haute assemblée n'annule que les décisions portant atteinte au grade et à l'ancienneté et n'admet pas l'officier à venir discuter une question d'emploi. Mais le Président de la République tient sans restriction, de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le droit de disposer des emplois et les règlements même qu'il signe ne peuvent avoir que la valeur d'indications générales relatives à l'organisation du service (1). Il est de plus certain que lorsqu'il s'agit de désignations pour un service en temps de guerre aucun militaire ne saurait plus se

reumeaux, n'avaient pas encore statué sur cette importante question? L'arrêt Desreumeaux peut cependant être critiqué dans d'autres de ses parties, notamment quand il décide que l'action disciplinaire peut entraîner le maintien au corps d'un officier de territoriale au delà du terme de la période pour laquelle il avait été convoqué, et qu'il laisse subsister une décision de révocation prise après des irrégularités assez graves dans la procédure de l'enquête préalable.

1. Veillon, 27 juillet 1877. Note du Dalloz sous l'arrêt précité : « Il appartient à l'autorité responsable de la bonne organisation de l'armée de régler l'emploi des hommes placés sous son commandement et d'assigner à chacun son poste suivant les nécessités du service... Il suit de là que les règlements faits pour déterminer les conditions dans lesquelles les emplois seront distribués ne constituent, alors même qu'ils ont reçu la sanction du chef de l'État, que des mesures d'ordre intérieur, qui tracent au ministre la marche qu'il doit suivre, et dont celui-ci ne peut s'écarter que sous sa responsabilité, mais qui ne constituent aucun droit en faveur des officiers. »

prévaloir de dispositions quelconques paraissant consacrer des droits ou des intérêts (1), non seulement parce que les règlements militaires ne posent, en face des circonstances multiples et variées de la guerre, que des principes et des règles générales et non des prescriptions formelles, mais parce qu'il appartient au chef, sous sa responsabilité, de faire donner chacun au bon moment, à la bonne place et de la bonne façon, parce qu'enfin les faits de guerre échappent à toute juridiction. La guerre élève l'individu au-dessus des textes législatifs. Si, comme disait M. Blum, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions sur l'arrêt Desreumeaux, la discipline et la hiérarchie n'ont pas de valeur en soi et indépendamment de leur expression légale, si leur seule valeur est celle que la loi leur a prêtée, ces assertions ne sont exactes que pour le temps de paix. Ce seraient, en temps de guerre, les dispositions légales qui seraient renversées à leur tour, pour laisser place à l'action non réglementée de sentiments et de vertus planant fort *au-dessus de la loi*.

1. Blot, 17 janvier 1912.

VII. — PROCÉDURE ; NATURE ET EFFETS
DE LA DÉCISION

La procédure du recours pour excès de pouvoir ne présente aucune particularité lorsque la question en jeu se rapporte à l'armée. La nature et les effets de la décision sont aussi les mêmes que dans la généralité des cas : annulation pure et simple, valable *erga omnes*, de l'acte attaqué.

Le Conseil d'État n'a pas qualité pour ordonner les mesures qui seraient la conséquence de l'annulation ; quelquefois seulement, et l'on ne voit guère l'intérêt de cette partie de sa décision, il déclare renvoyer l'intéressé devant le ministre afin d'obtenir satisfaction. L'annulation seule amènerait le même résultat ; si l'exécution peut être réparée, s'il s'agit par exemple de la mise illégale en réforme d'un officier, il est évident que devant l'annulation prononcée, l'officier doit être réintégré dans son grade et recevoir l'intégrité de sa solde.

Si le Conseil d'État, saisi seulement par le recours pour excès de pouvoir, ne peut condamner l'État à payer une indemnité, il admet que, dans un recours formé avec le ministère d'un avocat, des conclusions à fin de réparation du préjudice causé

soient présentées en même temps que des conclusions à fin d'annulation (voir en particulier l'arrêt Terret, 17 mars 1911). La responsabilité de l'État à raison des actes d'autorité est admise par une jurisprudence récente, mais aujourd'hui assise (par l'arrêt Le Berre, 9 mai 1903, le Conseil d'État reconnaît le droit à indemnité d'un sous-officier irrégulièrement cassé de son grade ; par l'arrêt Texier, juin 1910, il condamne l'État à payer une indemnité à un ancien sous-officier, à raison du préjudice à lui causé par le fait qu'en violation de l'article 69 de la loi du 21 mars 1905, il a été tardivement nommé à un emploi civil). L'individu n'est plus aujourd'hui forcé à intenter deux procès, l'un pour faire annuler un acte de la puissance publique, l'autre pour faire prononcer une condamnation contre elle.

En ce qui concerne les dépens, il semble que, le recours pour excès de pouvoir n'ayant pas le caractère d'un litige entre des parties, mais d'un débat sur la légalité objective d'une mesure, le jugement n'en devrait pas prononcer. Au surplus, l'article 130 du Code de procédure civile, rendu applicable à la section du contentieux du Conseil d'État par la loi du 3 mai 1849, abrogée elle-même en 1852, n'a été remis en vigueur, devant le Conseil d'État, par le décret du 2 novembre 1864, qu'à propos de certaines actions limitativement énumérées. Cependant, des arrêts tout récents prononcent des condamnations

aux dépens (M. Blum, comm. du gouv., concluait à propos de l'arrêt Desreumeaux à ce que les dépens exposés fussent mis à la charge de l'État).

Enfin, nous nous bornerons à rappeler que les tiers peuvent être appelés ou intervenir spontanément au débat, et que les décisions sur recours pour excès de pouvoir sont susceptibles d'un recours en révision (art. 32 du décret du 22 juillet 1806 et art. 23, § 2, de la loi du 24 mai 1872), mais que la tierce opposition n'est plus recevable contre elles (jurisprudence datant de 1882).

VIII. — RECOURS EN CASSATION CONTRE LES DÉCISIONS DES CONSEILS DE RÉVISION

Du recours pour excès de pouvoir on rapproche, d'une façon générale, le retour en cassation, dirigé contre les décisions juridictionnelles administratives rendues en dernier ressort. En matières militaires, le recours en cassation trouve son application aux décisions des conseils de révision.

Si l'on étudie parallèlement le développement de ces deux sortes de recours, on trouve que de tous temps, les conditions du succès du recours en cassation ont été plus sévères que celles du recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État n'aida que timidement, par l'œuvre de sa jurisprudence, le déve-

loppement de la notion d'excès de pouvoir, moyen de cassation des décisions des conseils de révision. Jusqu'en 1872, les dispositions législatives ne prévoyaient comme moyen de cassation que l'empiétement des conseils de révision sur la compétence des tribunaux ordinaires : la seule avance que la jurisprudence du Conseil d'État ait jamais prise sur la législation consista à admettre, avant 1872, le vice de forme, et notamment la composition irrégulière du Conseil, comme moyen de cassation, malgré l'avis que l'Assemblée générale du Conseil avait exprimé en 1820.

Ce fut la loi de 1872 qui admit pour la première fois le droit de recours pour violation de la loi, et encore ne le donna-t-elle qu'au ministre dans l'intérêt de la loi, en ajoutant, toutefois, que l'annulation profiterait aux parties lésées. L'article 32 de la loi du 15 juillet 1889 permit aux parties comme au ministre de faire valoir les trois moyens de cassation, incompétence, excès de pouvoir et violation de la loi, décidant même que l'annulation prononcée sur le recours du ministre profiterait aux parties. En ne faisant pas mention du recours formé par le ministre dans l'intérêt de la loi, elle ne lui enleva pas la faculté de l'exercer, mais limita ce recours à son effet normal, ne le laissant ainsi pas plus profiter aux parties que leur nuire.

L'article 29 de la loi de 1905 sur le recrutement de

l'armée reproduisit les dispositions de l'article 32 de la loi de 1889, rendant aux parties le bénéfice de l'annulation prononcée sur recours formé par le ministre dans l'intérêt de la loi, et renouvelant dans son texte les prescriptions d'une loi de 1898 qui ouvrait contre les décisions des conseils de révision, en cas d'erreur matérielle dans les pièces ou de défaut de justifications incombant à l'administration, un recours en révision devant les conseils de révision eux-mêmes (1). Les lois de 1889 et de 1905 édictaient en outre que le Conseil d'État ne pouvait suspendre l'exécution des décisions des conseils de révision, dérogation unique à l'article 3 du décret du 22 juillet 1806, mais la même incapacité n'en résultait pas impérativement pour le Conseil d'État vis-à-vis des décisions du ministre prises d'après les décisions des conseils de révision.

Ajoutons enfin à ces particularités qu'aucun texte ni la jurisprudence du Conseil d'État n'ont jamais

1. Le Conseil d'État n'admettant, en effet, le recours pour violation de la loi que dans le cas d'une erreur de droit, et le ministre étant lié par les décisions des conseils de révision, une erreur matérielle dans les pièces sur lesquelles le conseil de révision prenait sa décision ou la non-production de ces pièces entraînaient, avant la loi de 1898, un préjudice irréparable pour l'intéressé. Si le Conseil d'État avait reconnu dans ces derniers cas, avant la loi de 1898, un moyen de cassation, il n'en aurait plus été de même après cette loi, car son intervention aurait eu précisément pour effet d'instituer auprès des conseils de révision un recours parallèle au recours devant le Conseil d'État, et, par conséquent, d'interdire l'exercice de celui-ci.

admis de moyen de cassation tiré du détournement de pouvoirs.

Nous venons de résumer les différences entre les conditions d'exercice du recours pour excès de pouvoirs et du recours en cassation des décisions des conseils de révision. Les effets d'une annulation prononcée diffèrent aussi ; tandis que dans le premier cas l'annulation vaut *orga omnes*, elle ne vaut qu'*inter partes* dans le second ; tandis que dans le premier cas l'autorité n'est pas forcée de refaire dans de nouvelles conditions l'acte annulé, un nouveau jugement doit forcément, dans le second, être rendu pour que le litige ne reste pas sans solution.

L'avenir des deux sortes de recours diffèrera aussi, car tandis que le recours pour excès de pouvoir se développera de plus en plus en raison même du développement de la législation, le recours en cassation des décisions des conseils de révision s'exercera de moins en moins en raison de l'égalité toujours plus grande des citoyens devant la loi militaire.

CONCLUSION

Nous avons cherché à établir quels étaient, dans ses applications militaires, la nature, les conditions d'exercice et les effets du recours pour excès de pouvoir. Nous avons reconnu que ni comme conséquence d'une législation spéciale particulière à l'armée, ni comme conséquence de la loi de fonction, l'exercice par les militaires ou, le cas échéant, contre eux, du recours pour excès de pouvoir n'était soumis à des restrictions. Nous avons retrouvé, dans ses applications militaires, le même développement de ce recours que dans la généralité des cas. Ce développement tient à deux causes, à la législation et à la jurisprudence du Conseil d'État. D'une part la jurisprudence a évolué dans un sens toujours plus libéral, admettant de plus en plus facilement le recours de l'individu. D'autre part, le législateur, multipliant les garanties et les droits, a par le fait même multiplié les sujets de réclamations. L'abondance de son œuvre nuit d'ailleurs à sa précision : il en résulte de la part de l'autorité chargée de la faire

valoir des indécisions et des flottements qui augmentent le champ d'action du Conseil d'État. De plus, force est au législateur d'abandonner au chef de l'État et aux ministres la réglementation de questions toujours plus nombreuses, et les décisions de ces autorités, ne participant pas du pouvoir absolu de la loi, fournissent une abondante matière à l'intervention du Conseil d'État.

Le développement du recours pour excès de pouvoir en ce qui intéresse l'armée est-il un bien ? Certains pourront regretter que l'armée ne soit plus, comme autrefois, sous l'autorité pleine et entière d'un souverain. C'est dans ces conditions que les armées accomplissent de grandes choses, et nous ne voyons pas que les droits individuels en souffrent beaucoup, puisque, quoi qu'on en puisse dire, l'institution du Conseil d'État est l'œuvre d'un chef d'armée. Aucun mode de gouvernement ne peut s'inspirer de l'arbitraire absolu et c'était, ce nous semble, un système fort cohérent que celui de la justice retenue d'avant 1872, dans lequel une haute assemblée préparait à propos des recours qui lui étaient soumis des projets de décision s'inspirant de la loi, et que le chef de l'État, en même temps le chef de l'armée, ne manquait pas de ratifier sans qu'il y fût cependant astreint. Mais, toute souveraineté personnelle ayant aujourd'hui disparu, l'armée étant, plus que jamais, devenue nationale, le système actuel

nous parait fort bien ménager les intérêts de l'armée, si tant est qu'on puisse reconnaître des intérêts spéciaux à cette institution.

Il est impossible de prétendre que l'intervention du Conseil d'État, même doué d'un pouvoir propre, puisse leur nuire. Aucune institution ne peut trouver un avantage au mépris de la légalité ; les services publics ne peuvent bien fonctionner que sous les auspices du respect de la loi. Au surplus, la réserve habituelle des militaires en matière de réclamations assure que la revendication des droits de l'homme ou des garanties spéciales qui leur sont octroyées ne pourra jamais devenir de leur part une arme dangereuse pour l'institution dont ils sont les agents et à la grandeur de laquelle ils se sont consacrés.

Vu : le Président de thèse,
JACQUELIN

Vu : le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative, 1896.
DUGROcq. — Cours de droit administratif.
DUFoUR. — Droit administratif.
Recueil des arrêts du Conseil d'État.
DALLOZ. — Jurisprudence générale.
SIREY. — Recueil général des lois et des arrêts.
HAURIoU. — Précis de droit administratif et de droit public,
1907.
DUGUIT. — L'État, les gouvernants et les agents, 1903.
— Traité de droit constitutionnel, 1911.
M. Jacquelin à son cours, 1910-1911.
M. Larnaude à son cours, 1910-1911.
L'année administrative, 1904-1905.
Revue du droit public et de la science politique.
Revue générale d'administration.
CRÉTIN. — Du contentieux administratif et de la jurisprudence
du Conseil d'État spécialement en matières mili-
taires, 1908.
Appendice au volume ci-dessus, 1912.

